
HD





XI. österreichischer Advokatentag.

Gutachten.

Prof. Dr. Rudolf Pollak,
Gutachten über die Reform des Konkursrechts.

Prof. Dr. Armin Ehrenzweig,
Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche.

Prof. Robert von Mayr,
Betrachtungen über den Revisionsentwurf.

Anhang,
Regierungsvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.



Wien 1908.
Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung
I. Kohlmarkt 20.

Gutachten

über die

Reform des Konkursrechts.

Dem XI. österreichischen Advokatentag erstattet

von

Professor Dr. Rudolf Pollak.



Wien.

Im Verlage des XI. österreichischen Advokatentages.

1908.

K. u. k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme in Wien.

Über die Reform des Konkursrechts.

Gutachten

erstattet dem XI. österreichischen Advokatentag.

Vom

Professor Dr. Rudolf Pollak.

1.

Dieses Gutachten behandelt nur zwei Fragen: wie ist der Grundsatz der Gläubigergleichheit angemessen im Konkurse durchzuführen? Welche Maßregeln sind zu treffen, um die auf die Konkursgläubiger entfallende Quote ihrer Forderungen zu vergrößern? Beide Fragen hängen zusammen.

Es sind dies keineswegs die einzigen Reformfragen des Konkursrechtes; die Gesetzesmängel reichen vielmehr viel weiter als diese zwei Probleme. Trotz des außerordentlichen Fortschrittes der geltenden Konkursordnung gegenüber ihrer Vorgängerin haben sich doch im Laufe von vierzig Jahren die österreichischen Konkursgesetze vielfach als unklar, lückenhaft und von verwirrender Terminologie erwiesen; nur beispielsweise verweise ich hierfür auf den Genossenschafts- und den Nachlaßkonkurs, auf die Rechtsstellung des Bürgen, auf die Regelung des Stimmrechts im Zwangsausgleichsverfahren und auf jene des Fortbestandes der Dienstverträge nach der Konkurseröffnung[1]), ebenso auf die seltsam verwirrende Art der Verwendung des Ausdruckes „Gläubiger". Der Jurist fände mit der Revision des Konkursrechtes durch die Behebung dieser Mängel eine reiche und leichte Arbeit.

[1]) Vgl. § 170 der Novelle z. B. G. B. und § 20 des Entw. des Handlungsgehilfenges., bei denen beiden freilich das Verhältnis zu § 173 und § 27 hinsichtlich der Höhe der Ersatzansprüche einer Klarstellung bedarf; s. Makower in Z. Z. P. S. 446 ff.; Frankl, Revision, S. 83 ff. Vgl. auch § 35 der bosn. K. O. vom 24. Juni 1883 und unten S. 84.

Dennoch muß ich hier darauf verzichten, sie zu tun[1]). Nicht nur daß ein Juristentag wie der österreichische Advokatentag kaum die Zeit finden dürfte, einen förmlichen Gesetzesentwurf zu beraten, würde die Arbeit jetzt noch eine nutzlose sein. Dies aus folgenden Gründen:

Eine Reform des Konkursrechtes auf der Grundlage des geltenden Rechtes ist m. E. überflüssig, weil voraussichtlich wirtschaftlich ergebnislos; nach kurzer Zeit würden Gläubiger und Schuldner nicht weniger als jetzt klagen. Es wäre dann schade um die Mühe und Arbeit zur Behebung der Mängel des geltenden Konkursrechtes gewesen, da damit zwar eine Verbesserung des Rechtszustandes im einzelnen Falle erzielt wurde, aber, darf man den bisher gewonnenen Erfahrungen trauen, auch nicht mehr als das. Soll das Konkursrecht modern werden, so muß man seinen Grundriß revidieren; man darf es nicht fortentwickeln, man muß es verändern. Erst wenn dann die Grundsätze ermittelt worden sind, auf denen das neue Konkursrecht mit Aussicht auf bessere Rechts- und wirtschaftliche Erfolge als das bisherige aufgebaut werden kann, erst dann ist es an der Zeit, an die Tätigkeit der Formulierung der Paragraphen, an jene der Detailarbeit zu gehen.

Einen Baustein für diese Vorarbeit soll das Gutachten in seiner Beschränkung liefern. Die zwei Probleme, auf die es sich bezieht, eignen sich zu dieser Vorarbeit deshalb gut, weil ihre glückliche Lösung die bösesten Krankheiten des geltenden Konkursrechtes heilen würde. Jetzt ist ja im österreichischen Konkurse von Gläubigergleichheit keine Rede, obwohl zum Teil schon die Gesetzgeber Österreichs von diesem Grundsatze ausgingen[2]). Und das Verfahren ist für die Konkursgläubiger der dritten Klasse, also für ihre Hauptmasse, so wenig erfolgreich,

---

[1]) Vgl. v. Schullern, Die Gesetzgebung über den Gläubigerkonkurs vom Standpunkt der Volkswirtschaft (Ztschr. f. Volkswirtschaft I, S. 422 ff.); Benedikt, Zur Reform der K. O.; Frankl, Zur Revision des Konkursrechts (1896).

[2]) Kaserer, Komm., S. 85.

daß sie nicht selten[1]) gar keine, oft sehr kleine Quoten ihrer Forderungen ausbezahlt erhalten. Wenn eine Reform diese beiden Übelstände beheben kann, dann hat sie offenbar einen großen Nutzen gestiftet; darum ist das begrenzte Thema des Gutachtens trotz seiner Enge bedeutsam.

Neu ist es freilich, wie schon angedeutet, nicht; kannte doch sogar schon der gemeine Konkursprozeß den Grundsatz der par conditio creditorum. Dennoch wird die Bearbeitung und Durchführung des Themas vielleicht gerade wegen seiner Gedankengänge auf Widerspruch stoßen. Denn ich will Ernst machen mit dem Grundsatze der gleichen Behandlung der Gläubiger im Konkurse und mit dem damit enge zusammenhängenden Gedanken, daß das Konkursverfahren eine soziale Rechtsverfolgung sei, bei der also das Individualinteresse der Regel nach hinter das soziale zurückzutreten habe.

Ich denke freilich nicht daran, diese Grundsätze rein durchzuführen. Alle Gesetzgebung beruht ja auf Kompromissen, auf der sorgfältigen Beobachtung und Beachtung aller einspielenden Interessen. Es wird darum auch nach den Vorschlägen dieses Gutachtens bevorrechtete Gläubiger und respektierte Individualinteressen im Konkurse geben müssen. Aber die Unterschiede zum geltenden Rechte werden doch so bedeutende sein, daß man vielleicht mit einigem guten Willen von einer „Revolution“ auf dem Gebiete des Konkursrechtes wird sprechen können; überkommene Rechtsgewohnheiten und erbgesessene Rechtsanschauungen sollen bei dieser Reform eben nicht respektiert werden. Ich bin mir sehr wohl dessen bewußt, daß jede radikale Entwicklung auf dem Gebiete des Privat- und Prozeßrechtes sehr gefährlich ist. Aber alle Welt hält die Konkursreform für dringlich und ich erachte eine solche für aussichtslos, die den Schritt zur ehrlichen sozialen Rechts-

[1]) Nach v. Pitreich, Konkursgesetzgebung im Lichte der Konkursstatistik S. 5, erhielten in 368 von 1174 untersuchten Konkursen diese Gläubiger nichts!

verfolgung nicht macht, sondern lediglich den Weg der jetzigen Konkursordnung in verbesserter Form weitergeht.

Darum versuche ich in den folgenden Abschnitten den Nachweis, daß dieser Schritt, wie er mir für die Reform unausweichlich erscheint, so auch mit einem großen Nutzen gemacht werden kann. Finden meine Gedanken Anklang, dann wird es an der Zeit sein, ihre Ausarbeitung im Einzelnen und ihre Abschleifung an den Ecken vorzunehmen. Mit dieser Tätigkeit kann sodann eine Revision der Mängel der jetzigen österreichischen Konkursrechtssätze vom juristisch-technischen Standpunkt aus verbunden werden.

II.

1. An die Spitze stelle ich die Frage: **Welche Aktiven sollen der Befriedigung der Konkursgläubiger dienen?** Mit ihr hängt innig zusammen und wird darum mit ihr gemeinsam behandelt die Frage danach, **welche Personen aus dem Kreise der Konkursgläubiger ausscheiden,** eine abgesonderte, **begünstigte Behandlung fordern dürfen?** In ihrer Beantwortung verfehlt es m. E. die Konkursordnung fast ganz.

Anscheinend freilich zieht die K. O. vom 25. Dezember 1868, R. G. Bl. Nr. 1 ex 1869, den Kreis der Aktiven so weit als nur irgend möglich, weiter als § 1 der deutschen K. O. und hinsichtlich des Neuerwerbes des Gemeinschuldners während des Konkursverfahrens so weit als das romanische und das schweizerische Konkursrecht[1]). Selbst die Vorschrift des § 5 K. O. findet sich in gleicher oder ähnlicher Form fast überall[2]) und wird bei einer Konkursreform zwar einer veränderten Textierung bedürfen, nicht aber einer ernsten sachlichen Änderung; aus ihr ist eine Vermehrung der den Konkursgläubigern dienenden Aktiven des Gemeinschuldners nicht in erheblichem Maße zu gewärtigen und auch nicht zu wünschen.

Wohl aber ist eine Vermehrung dieser Aktiven durch eine Revision der Begünstigungen zu gewinnen, welche die

---

[1]) Jaeger, K. O. (2. Aufl.), S. 26.

[2]) S. z. B. für Rußland Alexander, Konkursges., S. 251; für die Schweiz Borchard, XII/$_1$, S. 175; für Bosnien Borchard, Handelsges. d. Erdballs, XIII/$_1$, S. 380, 384.

K. O. jetzt einzelnen Gläubigern zuweist. Werden diese Gläubiger ihrer begünstigten Stellung entkleidet, so vermehren sie zwar die Zahl der Konkursgläubiger; dafür erhöhen sich aber die Konkursaktiven um mehr, nämlich um die ganze, bisher jenen zugewiesene erhebliche Summe. Es handelt sich also allerdings hier nicht um die Heranziehung neuer Vermögensstücke überhaupt, sondern nur um solche für die Konkursgläubiger des in Konkurs Verfallenen; diese Einbeziehung neuer Aktiven läuft somit im Wesen nur auf eine andere Art der Verteilung der Vermögensstücke des Gemeinschuldners unter seine Gläubiger hinaus. Seine Probe besteht darum der Vorschlag nur dann, wenn man diese neue Verteilung gerechter und wirtschaftlich begründeter findet als die bisherige.

Mir scheint dies der Fall zu sein

Jetzt setzt sich die Sollmasse des Konkurses[1]), d. i. jenes Vermögen des Gemeinschuldners, welches die K. O. einbezogen haben will, nach den §§ 1, 4, 5, 59 und 61 der österr. K. O. angeblich aus dessen ganzem, der Exekution zur Hereinbringung von Geldforderungen unterliegenden Vermögen zusammen, das dem Gemeinschuldner im Zeitpunkte der Konkurseröffnung gehört oder ihm während des Verfahrens (z. B. durch Erbschaft oder Vermächtnis) zufällt; hierzu kommt das Ergebnis der Anfechtungsansprüche; ausgenommen ist nur bis zu einem gewissen Grade der Erwerb des Gemeinschuldners während des Konkurses, in manchen Fällen sein ausländisches Mobiliarvermögen, stets sein ausländisches Immobiliarvermögen. Weiter kann anscheinend die Grenze für die Konkursmasse gar nicht abgesteckt werden.

In Wahrheit zieht sie aber das Gesetz viel enger.

Es scheiden nämlich aus diesem Aktivum der Sache, wenn auch nicht der Form nach, aus: a) die Objekte der Realgläubiger einschließlich der Retentionsberechtigten (§ 11 K. O.) insoweit diese Objekte zur Befriedigung dieser Personen erforderlich sind (§ 30 K. O.), also in Wahrheit fast immer ganz;

---

1) Über diesen Begriff s. Oetker, Konkursr. Grundbegr. I, S. 10; der zweite Band ist leider noch nicht erschienen.

b) die Objekte der Rückforderungsansprüche; c) jene der Kompensationsberechtigten; d) die Ansprüche des Gemeinschuldners aus zweiseitigen, beiderseits noch nicht völlig erfüllten Rechtsgeschäften (§§ 22, 23 K. O.), — wenn dies die zuständigen Organe des Konkursverfahrens so wollen. Schon die sub a genannten Vermögensstücke, die für die Realgläubiger reserviert werden, machen nach einer ungefähren Schätzung etwa 50% der Aktiven aus[1]), und bekannt ist auch, wie zahlreich trotz des § 1 des Gesetzes vom 16. März 1884, R. G. Bl. Nr. 35, Kompensationsansprüche gegen den Gemeinschuldner sind. Gelingt es, diese Aktiven oder einen erheblichen Teil derselben den Konkursgläubigern zuzuführen, ohne Erwägungen der Gerechtigkeit oder wirtschaftlichen Angemessenheit zu verletzen, so ist das der Sache nach eine erhebliche Vermehrung der Konkursmasse für sie.

Denn das geltende Konkursrecht Österreichs reserviert den Konkursgläubigern nur einen kleinen Teil der Aktiven des Gemeinschuldners, bevorzugt vor ihnen die Rückforderungsberechtigten, Deckungsberechtigten, Massegläubiger, vernichtet den Grundgedanken der Gläubigergleichheit im Konkurse durch zahllose Ausnahmen.

2. Woher diese Privilegien einer Anzahl von Gläubigern stammen, die der Konkursmasse einen so erheblichen Teil ihrer Aktiven entziehen, die historische Entstehungsursache dieser Regelung soll hier dahingestellt bleiben[2]). Für die Zwecke der Reform genügt ausnahmsweise der Versuch einer bloß rationellen Begründung dieser Privilegien. Sie steckt wohl im folgenden: Man sieht im Konkurse beinahe mehr ein Unglück für die Gläubiger als für den Gemeinschuldner — nicht ganz ohne Grund, wenigstens nach den Erfahrungen des gemeinen Konkursrechtes — man findet, dieses Unglück werde durch die

---

[1]) Vgl. v. Pitreich a. a. O. S. 8 ff; 19.

[2]) Vgl. Endemann, Entwicklg. d. Konkursverf. (in Ztschr. f. dtsch. Z. P. XII, S. 54 ff.); Stobbe, Zur Gesch. d. älteren dtsch. Konkursproz., S. 82 ff.; Schweppe, Syst. d. Konk., S. 121 ff.; Hellmann, S. 53 ff.; Makower a. a. O., S. 453.

Bevorzugung einzelner Gläubiger schon kaum mehr vergrößert, und man nimmt darum keinen Anstand an solchen Bevorzugungen, wenn für sie ein sachliches Interesse spricht oder zu sprechen scheint, oder wenn auch nur ein theoretischer Grund für die Ausscheidung aus dem Konkursverfahren vorhanden ist, wie dies z. B. bei den Rückforderungsberechtigten (Aussonderungsberechtigten) der Gedanke ist, daß in den Konkurs doch nur das Vermögen des Gemeinschuldners fallen solle[1]), zu dem die Objekte dieser Rückforderungsansprüche nicht gehören[2]). Wohl kaum bewußt, aber doch deutlich, ist die jüngere Entwicklung des Konkursrechtes von dem Gedanken beherrscht, möglichst viele Gläubiger nicht nur seinem Verfahren[3]), sondern überhaupt seinen Wirkungen zu entziehen, ihnen trotz des Konkurses ihre volle Befriedigung zu gewährleisten, alles dies wenigstens zum Teil aus juristisch einwandfreien Gründen, aber ohne die zureichende Beachtung der Reflexwirkungen dieser Begünstigungen einzelner auf die Konkursmasse und auf die Befriedigung der Nicht-Privilegierten.

Wie stark dieser Gedankengang wirkt, dafür ist das oben genannte vortreffliche Buch Frankls ein vollgiltiger Beweis: Er empfiehlt unbedenklich eine erhebliche Ausdehnung der Aussonderungsrechte durch die Aufnahme des Verfolgungsrechtes nach dem Muster des § 44 deutsch. K. O.[4]) und durch die Respektierung der die Stelle der Prokuraindossemente vertretenden Eigentumsindossemente als rein fiduziarischer; er wahrt die jetzige Rechtsstellung der Absonderungsberechtigten mit Nachdruck und ist der Zulässigkeit, ja der Erweiterung des Kompensationsrechtes im Konkurse wohlgeneigt. Das alles

---

[1]) Der Grundsatz hat übrigens auch Ausnahmen; Hellmann, Lehrb. d. dtsch. Konkursr., S. 143; R. Pollak, Konkursr., S. 294 ff.

[2]) Jaeger, K. O., S. 357; v. Wilmowski, K. O. (6. Aufl.) S. 198.

[3]) Hierfür ist der Unterschied in der Behandlung der Realgläubiger und Kompensationsberechtigten in der österr. K. O. v. 1. Mai 1781 J. G. S. Nr. 14, § 17, 29 von jener in der geltenden K. O. charakteristisch.

[4]) Vgl. hierzu Kaserer, S. 67, Anm. 1.

führte und führt natürlicherweise zu der bekannten, durch Frankls Vorschläge noch vermehrten Benachteiligung der Konkursgläubiger, die zu wahren Stiefkindern des Konkurses geworden sind[1]), obwohl um ihretwillen das Verfahren eröffnet und durchgeführt wird (vgl. §§ 66, 154 österr. K. O.). Ich sehe aber nicht, daß diese m. E. sehr gewichtige Erwägung in der Literatur, etwa von jener des Anfechtungsrechtes zum Teil abgesehen, eine ernsthafte Beachtung gefunden hätte, so nahe sie das französische Recht[2]) auch legte.

3. Ich meine, de lege ferenda den entgegengesetzten Standpunkt einnehmen zu sollen: Der Grundsatz der Gläubigergleichheit soll die Art der Gläubigerbefriedigung wirklich beherrschen; gerade um seinetwillen schneidet ja die K. O. die Einzelprozesse ab. Weil die Vermögenslage des Schuldners so ungünstig ist, daß sie voraussichtlich nicht mehr die Ansprüche aller seiner Gläubiger sichert, wird diesen die Einzelrechtsverfolgung verboten. Diese, der Regel nach zugelassen, ja dem einzelnen auferlegt, erweist sich eben in dieser Situation als den öffentlichen Interessen zuwiderlaufend, mag sie auch jenen des einzelnen noch entsprechen. Denn die Gestattung der Einzelrechtsverfolgung häuft gerade bei einer solchen kritischen Vermögenslage die Verfahren und die Kosten außerordentlich und zum erheblichen Nachteile für Gläubiger und Schuldner; es verschiebt sich durch jene die an sich gleiche Rechtslage mehrerer konkurrierender Gläubiger oft empfindlich und zwingt darum jedem einzelnen von ihnen die größte Hast auf; diese Verschiebungen sind wiederholt nur das Ergebnis von Zufälligkeiten, nicht die Wirkung einer Verschiedenheit der wirtschaftlichen Situation oder auch nur der Tätigkeit der einzelnen Gläubiger; die Einzelrechtsverfolgung verstärkt auch die Gefahr, daß der Vermögensverfall des einen andere mitreiße.

---

[1]) Das gilt besonders von den Konkursgläubigern der dritten Klasse; s. darüber v. Pitreich a. a. O. und unten S. 82.

[2]) Vgl. Alexander, S. 147; Hellmann, S. 300 f.

Aus diesen allgemein bekannten und anerkannten Gründen muß das Konkursrecht den Zivilprozeß und die Exekution durch ein Verfahren ersetzen, welches dafür sorgt, daß die Gläubiger möglichst wenig und nur möglichst gleichmäßig[1]) geschädigt werden[2]). Das führt entgegen Einzelinteressen zur Forderung, daß alle Aktiven des Gemeinschuldners gleichmäßig für alle seine Gläubiger verwendet werden. Darum ist kein Vorrecht eines Gläubigers unbesehen hinzunehmen, keine Ausscheidung eines Vermögensstückes deshalb gutzuheißen, weil sie im Interesse dieses einzelnen, althergebracht oder weitverbreitet ist. Vielmehr bedarf jedes Vorrecht, jede Ausscheidung einer verläßlichen rationellen Begründung aus sozialen Gesichtspunkten.

Nur auf diesem Wege ist, so scheint mir, ermittelbar, ob und wie weit die jetzigen Vorrechte der Deckungsberechtigten, Rückforderungsberechtigten und Massegläubiger sachlich begründet sind oder nicht. Was dieser Probe nicht standhält, muß auf die bevorzugte Stellung verzichten, welche ihm das geltende Konkursrecht einräumt, muß infolgedessen die ihm jetzt vorbehaltene Vermögensmasse zu den allgemeinen Konkursaktiven schlagen lassen und sich mit der Stellung eines Konkursgläubigers begnügen.

Diese Revision der Konkursprivilegien soll in diesem Abschnitte versucht werden. Sie muß sich auf die Hauptpunkte beschränken, hat praktisch wenig Erhebliches, wie z. B. die Frage nach der Rechtsstellung der Dienstbarkeiten und Reallasten um so mehr beiseite zu lassen, als es in diesem Gutachten hauptsächlich auf die Klarstellung der prinzipiellen Probleme ankommt; überdies ist die sinngemäße Anwendung der für die Pfandrechte gewonnenen Sätze wenigstens auf die Reallasten leicht.

---

[1]) Nur dies rechtfertigt den auferlegten Verzicht auf die Einzelrechtsverfolgung.

[2]) Mataja, Recht des Schadenersatzes, S. 70; v. Schullern a. a. O.; Kohler, Lehrb. d. Konkursr., S. 1 ff.

4. Von der größten praktischen Erheblichkeit ist in diesem Zusammenhange vor allem die Frage nach der Rechtsstellung der **Pfandgläubiger** im Konkurse.

Der Referentenentwurf der Konkursordnung[1]) meinte, es sei eine „Wahrheit, die kaum einer besonderen Nachweisung bedarf", „daß ein wesentlicher Fortschritt der Konkursgesetzgebung überhaupt nicht denkbar ist, wenn man nicht ... dafür Sorge trägt, das Los der Realgläubiger ... von dem Lose der einfachen Konkursgläubiger ... zu trennen". Er handelte denn auch diesem Glauben gemäß. Aber die Erfolge sind für die Konkursgläubiger höchst unerfreulich geworden, und wir müssen darum die Richtigkeit dieser angeblich keiner Nachweisung bedürftigen Erkenntnis prüfen.

Die §§ 11, 12, 30 österr. K. O. respektieren die Vorrechtsstellung der Pfandgläubiger auch im Konkurse völlig, und begnügen sich, die Begründung neuer Pfandrechte in ihm zu verhüten. Gleich dieser ist die Regelung in den §§ 47 bis 49 der deutsch. K. O., in dem Art. 546 ff. des französischen code de commerce, im Art. 599 des russischen Gesetzes über die Handelsfallimente usf., so daß es sich um ein weit verbreitetes Vorrecht der Pfandgläubiger handelt. Da der Pfandrechtsbegriff dieser verschiedenen Gesetzgebungen jedoch nicht der gleiche ist, muß die Betrachtung auf das österreichische Recht beschränkt werden.

Das österreichische Pfandrecht bietet, wie bekannt, dem Pfandgläubiger die reale Sicherheit durch das Pfandobjekt, den Vorrang vor den Nichtpfandgläubigern hinsichtlich der Befriedigung aus dem Werte der Pfandsache, und eine gesicherte, grundsätzlich nach dem Zeitpunkte der Pfandrechtsbegründung geregelte Rangordnung mehrerer Pfandrechte an derselben Sache (§§ 447, 461 B. G. B.; §§ 133, 242 E. O.). Auf diese Weise vermag die Pfandbestellung dem **Realkredit** zu dienen; in seiner Stützung liegt die wirtschaftliche Bedeutung und Rechtfertigung wie des Pfandrechtes, so der Vorrechte

---

[1]) Vgl. Kaserer, S. 72 ff.

eines Pfandgläubigers vor den Nichtpfandgläubigern und vor den anderen Pfandgläubigern. Man braucht nur an das Hypothekargeschäft, an jenes der Pfandleihanstalten, an das Lombardgeschäft und an das freilich nicht unbedenkliche Geschäft der Verpfändung von Buchforderungen zu denken, um zu erkennen, daß der Schuldner den Kredit wegen der sachlichen Sicherheit bekommt, die er bietet, und daß seine oder des Dritten Pfandbestellung keineswegs ein Akt der Liberalität ist, sondern die Gegenleistung, ohne die er den Kredit gar nicht oder nur unter erheblich schwereren Bedingungen erhielte, als jetzt. Dieses Pfandrecht ist also um der Aufrechterhaltung des wirtschaftlich außerordentlich wichtigen Realkredits willen unentbehrlich, und daraus ergibt sich die Notwendigkeit, solche Pfandrechte und ihre Vorzugsstellung gerade im Konkurse aufrecht zu erhalten; denn gerade oder wenigstens auch für den Konkursfall will der Gläubiger seine Sicherheit und sein Vorrecht haben. I n s o w e i t d a s P f a n d r e c h t d e m R e a l k r e d i t e w i r k l i c h d i e n t, m u ß e s s e i n e R e c h t s t e l l u n g i m K o n k u r s e d a r u m e b e n s o b e w a h r e n, w i e a u ß e r h a l b d e s s e l b e n, und insoweit dürfen die §§ 11, 12, 30 K. O. nicht geändert werden.

Die Frage ist nur, wie weit dieser innige Zusammenhang zwischen dem Pfandrecht und dem Realkredit besteht? Die Antwort geht dahin, daß er nur gegeben sei für einen Teil der vertragsmäßig bestellten und der gesetzlichen Pfandrechte, nicht vorhanden sei bei deren Rest und bei allen richterlichen Pfandrechten. Diese wichtige Erscheinung hat bisher, so viel ich sehen kann, nicht die ihr gebührende Beachtung gefunden.

Vertragsmäßige Pfandrechte, die vor oder bei der Kreditgewährung (es muß sich dabei keineswegs immer um Darlehen handeln) bestellt sind, die sind in aller Regel um dieses Kredites willen bestellt; ihre Aufrechterhaltung im Konkurse ist somit begründet. Dasselbe gilt für jene gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs, Frachtführers und des öffentlichen Lagerhauses, welche für die Forderungen dieser Kaufleute aus

dem betreffenden einzelnen Kommissions-, Speditions-, Fracht- und Lagerhausgeschäft bestehen; denn dieses gesetzliche Pfandrecht soll eben dieselben wirtschaftlichen Funktionen erfüllen, wie sonst die vertragsmäßige Pfandbestellung vor oder bei der Kreditgewährung. Ähnlich, wenn auch nicht ganz gleich, steht die Sache bei dem gesetzlichen Pfandrechte der Advokaten für ihre Expensenforderung an jenem Betrag, welchen sie aus Anlaß eines Expensenstreites bei Gericht erlegt haben (§ 19 der Adv. O. v. 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96). Zwar haftet es derzeit für alle, wenn auch noch so alten Expensenansprüche des Advokaten und hierin liegt eine Überspannung seiner Vorzugsstellung, da man billigerweise von jedem Advokaten verlangen darf, daß er etwa alljährlich mit seinem Klienten verrechne und die dabei auftauchenden Differenzen erledige; aber für die Expensenansprüche einer Rechnungsperiode (etwa eines Jahres) ist die Einräumung des gesetzlichen Pfandrechtes hier ebenso begründet wie beim Kommissionär jenes für die Forderungen aus dem einzelnen Geschäfte. Für alle diese Fälle darf somit an den Grundsätzen der §§ 11, 12, 30 K. O. auch nicht gerüttelt werden, sollen ernste Erschütterungen des Wirtschaftslebens als die Folge der Verschiebung in den Grundlagen des Realkredits vermieden werden. Und wer wollte dies um einer Hebung der Konkurserträgnisse willen unternehmen?

Zweifelhaft ist es, ob ein inniger Zusammenhang zwischen dem Realkredit und den zahlreichen[1]) gesetzlichen Pfandrechten zugunsten öffentlicher Abgaben (einschließlich des unerheblichen für die Oktava), ferner der Zwecke von Wassergenossenschaften und Kommassationen und für die Renten von Meliorationsdarlehen besteht. Für die drei letztgenannten wird er wohl zu bejahen, und es wird somit ihre volle Aufrechterhaltung im Konkurse zu empfehlen sein. Viel loser ist diese Konnexität bei den öffentlichen Abgaben. Nur würde hier die Abschaffung des Vorzugsrechtes im Konkurse für sie voraussichtlich sofort

[1]) S. die Beispiele in der v. Scheyschen Ausgabe des B. G. B., S. 246 ff. und bei R. Pollak, Zivilprozeßr., S. 731 ff.

die Wirkung einer energischeren Steuereintreibung vor der Konkurseröffnung haben und damit der Beseitigung des Konkursprivilegs die praktische Bedeutung rauben; deshalb kann lediglich die Herabminderung des bestehenden gesetzlichen Pfandrechtes auf ein solches für die Abgabenrückstände der letzten zwei statt der bisherigen drei Jahre empfohlen werden.

Jeder wirtschaftlich wichtige Zusammenhang fehlt dem Realkredite mit den anderen Pfandrechten. Vergegenwärtigen wir uns, um welche es sich hauptsächlich handelt: Es sind in erster Linie jene vertragsmäßigen Pfandrechte, die erst nachträglich dem Gläubiger bestellt werden (s. § 5 des Anf. Ges. v. 15. März 1884, R. G. Bl. Nr. 36). Dann kommen das erst durch das Handelsgesetzbuch neu eingeführte gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs und jenes des öffentlichen Lagerhauses aus früheren Kommissions- und Lagerhausgeschäften mit demselben Kunden[1]) (Art. 374 H. G.; § 28 des Ges. vom 28. April 1889, R. G. Bl. Nr. 64), jenes des Advokaten für alte Expensenansprüche (§ 19 Adv. O.), des Bestandgebers für den Zins[2]) (§ 1101 B. G. B.), einer Reihe von Dienstnehmern für ihre Lohnansprüche, so der Bergwerksangestellten aller Grade (§ 268 Berggeſ.; § 246 E. O.), des land- und forstwirtschaftlichen Hilfspersonales (§ 216 E. O.), der Lotsen, Schiffskapitäne und der Schiffsmannschaft (Art. VII des editto politico di navigazione vom 25. April 1774; Art. 191 des codice di commercio) — vielleicht ist die Reihe bald noch länger[3]). Endlich gehören alle Pfändungspfandrechte an Mobilien und Immobilien hierher. Zwar kann bei diesen nicht bestritten werden, daß der Verkehr bisweilen die Gleich-

[1]) Laband, das kaufm. Pfand- u. Retentionsrecht (Goldschmids Ztschr., IX S., 425 ff.), dessen Begründung, S. 449, wohl kaum als ausreichende gelten wird. Auch Grünhut, Recht des Kommissionshandels, S. 288 ff. (der übrigens „laufende Rechnung"-Kontokorrent setzt), beruft sich nur auf das „Interesse des Handels und Kredits".

[2]) § 49, Z. 2 dtsch. K. O. ordnet es anders als die §§ 559, 581, 585 D. B. G. B.; vgl. v. Wilmowsky S. 231.

[3]) Bauhandwerker; vgl. Oertmann in Jur. Bl., 1895, Nr. 47 ff.; Frankl S. 68.

stellung der Pfändungspfandrechte mit dem Vertragspfandrechte, wie sie leider hinsichtlich ihrer Wirkungen die §§ 449, 450 B. G. B., 29, 53 Grdb. G., 216, 246, 258, 286 E. O. vornehmen, mißbraucht, um die Pfändungspfandrechte rechtsgeschäftlichen Zwecken dienstbar zu machen; namentlich erwerben Brauereien oft nach einem Scheinprozesse das Pfändungspfandrecht an den körperlichen beweglichen Sachen und an der Gewerbekonzession des Wirten, und gewähren diesem dann erst den Kredit. Allein ein solcher Mißbrauch, gegen den schon § 256 E. O. sich richtet, kann bei der Beurteilung der Pfandrechtsbedeutung nicht ins Gewicht fallen; man darf doch als ungünstig erkannte Wirkungen eines Rechtsinstitutes nicht deshalb aufrechterhalten wollen, weil sie sich vom Standpunkte eines vom Gesetze verpönten Mißbrauches als angemessen darstellen würden.

Ernster dagegen ist folgender Gedankengang: Es ist zwar sicher, daß die im vorigen Absatze zusammengestellten Pfandrechte nicht der Kreditgewährung dienen, daß dieser Kredit vielmehr schon gewährt ist, ehe das Pfandrecht bestellt wird oder sonstwie entsteht. Aber eine Reihe dieser Pfandrechte dient allerdings der Krediterhaltung. Hierher wird man z. B. den Fall zu zählen haben, daß der Kommissionär seinem Kommittenten einen Kredit nach Ausfolgung des Gutes gibt, daß der Schuldner eine Kapitalskündigung durch die Einräumung einer Hypothek hintanhält, oder daß die Exekution auf Grund einer zwangsweisen Pfandrechtsbegründung deshalb nicht fortgesetzt wird, weil diese Begründung von vornherein nur Sicherungszwecken dienen sollte. In solchen Fällen besteht allerdings ein Zusammenhang zwischen dem Kredit und dem Pfandrechte; es läßt sich auch nicht bestreiten, daß in manchen dieser Fälle die Kreditentziehung als eine Folge der Nichtbestellung des Pfandrechtes eintreten, und daß damit bisweilen der vorzeitige Abbruch einer Geschäftsverbindung oder gar ein sonst noch vermeidbarer Vermögensverfall eines Schuldners herbeigeführt würde. Diese Gründe haben außerhalb des Konkurses wirklich ein erhebliches Gewicht und ge-

statten da vielleicht, diesen Pfandgläubigern die gleiche Rechtsstellung zu geben, wie jenen, die es um der Kreditgewährung willen wurden. Aber im Konkursverfahren kann dieser Zusammenhang des Pfandrechtes mit dem Kredit nicht als enge genug anerkannt werden, um eine solche Gleichstellung zu rechtfertigen. Vielmehr hat es sich, da es zum Konkurse kam, schon herausgestellt, daß die Pfandrechtseinräumung für den Schuldner vergeblich war, daß sie seinen Vermögensverfall und damit den Schaden für seine anderen Gläubiger nicht hintanhalten konnte, ja daß sie den letzteren durch die Bevorzugung jenes Gläubigers noch vergrößert hat, der nachträglich ein Pfandgläubiger geworden ist. Eine wirtschaftliche Rechtfertigung für diese Pfandrechtsnachtragung fehlt eben in allen Fällen, in denen sie dem Schuldner nichts nützte.

Es fehlt also bei allen im vorletzten Absatze genannten vertragsmäßigen, richterlichen und gesetzlichen Pfandrechten diese wirtschaftliche Rechtfertigung für die Bevorzugung der Pfandgläubiger im Konkurse. Gewiß soll niemand gehindert werden, Kredit ohne die reale Sicherheit zu gewähren, also einen Personalkredit einzuräumen. Aber daß er nun nachträglich eine Vorzugsstellung vor anderen Gläubigern bekommen solle, sei es deshalb, weil der Zufall ihm Pfandobjekte zuführt, sei es weil er den Schuldner zu pressen versteht, sei es weil er energisch Prozeß führt und dabei auf ein Gericht mit flinkeren Richtern und Schreibern stößt, als sein Konkurrent — das kann keinesfalls mit Rücksichten auf den Kreditschutz gerechtfertigt werden. Denn der Kredit ist ja in diesen Fällen ohne Rücksicht auf die Pfandsicherung gewährt worden. Die Bevorzugung dieser Gruppe von Pfandgläubigern im Konkurse stellt also für sie eine unvermutete Vermögensvermehrung, um in der juristischen Terminologie zu bleiben, eine ungerechtfertigte Bereicherung dar, und der § 5 des österr. Anfechtungsgesetzes hat das auch gefühlt.

Man muß also nach ihren wirtschaftlichen Entstehungsgründen zwei Gruppen von Pfandrechten unterscheiden, und nur für die erste Gruppe (s. S. 16 f.) ist durch Rücksichten

auf die Grundlagen des Realkredits jene Vorzugsstellung im Konkurse gerechtfertigt, welche die §§ 11, 12, 30 K. O. jetzt allen Pfandrechten einräumen. Damit ist der zweiten Gruppe, insbesondere also allen Pfändungspfandrechten die wesentlichste Stütze für ihre Sonderstellung im Konkurse entgegen. Wer ihnen diese Sonderstellung dennoch erhalten will, wird nach einer anderen Rechtfertigung für sie suchen müssen.

5. Zureichende Gründe einer solchen fehlen jedoch. Gewiß ist das kein Grund, daß es sich in beiden Fällen um „Pfandrechte" handle; denn so wenig das Pfändungspfandrecht notwendigerweise die gleiche Wirkung haben müßte wie das Vertragspfandrecht[1]), ebensowenig muß allen Pfandrechten im Konkurse eine und dieselbe Wirkung zukommen. Es kann auch nicht zugunsten der Aufrechterhaltung der Pfändungspfandrechte im Konkurse geltend gemacht werden, daß die Gläubiger andernfalls früher auf die Konkurseröffnung drängen würden; denn es ist nicht der Mühe wert, eine solche um der Bevorzugung einzelner, dann zu Pfändungspfandgläubigern avancierender Gläubiger zu verzögern.

Dagegen spricht allerdings anscheinend für die Aufrechterhaltung der gesetzlichen Pfandrechte der Bergwerksangestellten, des land- und forstwirtschaftlichen Hilfspersonales und der Lotsen, Schiffskapitäne und der Schiffsmannschaft im Konkurse eine Erwägung, die in der heutigen Gesetzgebung ein starkes Gewicht hat, die Rücksicht auf den Dienstnehmer und dessen wirtschaftliche Schwäche. Doch ist diese Erwägung nicht stark genug, um das gesetzliche Pfandrecht dieser Gläubiger für den Konkurs zu rechtfertigen. Vor allem ist ohne einen sachlichen Grund die Rechtsordnung hier inkonsequent, indem sie den meisten Lohnansprüchen der Angestellten in Übereinstimmung mit dem gemeinen Rechte nur die erste Klasse der Konkursgläubiger reserviert[2]) (§ 43, Z. 2 K. O.) und nur den wenigen

---

[1]) Diese Gleichstellung ist vielmehr (wenigstens was die Grundsätze der Rangordnung betrifft) sehr bedenklich.

[2]) Ebenso § 61 dtsch. K. O. (Jaeger, S. 495 ff.), Art. 549 code de commerce, das großbrittanische Ges. v. 24. Dezember 1888.

oben genannten Gruppen von Angestellten überdies ein gesetzliches Pfandrecht zugesteht. Auch zeigt sich die blendende Macht der Schlagworte darin, daß das Gesetz die Dienstnehmer stets für wirtschaftlich schwach, den selbständigen Unternehmer stets für stark hält, und diesen darum des besonderen Schutzes selbst dann nicht würdigt, wenn er als ein kleiner Geschäftsmann, Handwerker den Verlust oder die Herabminderung seiner Ansprüche im Konkurse noch empfindlicher spürt als der Bergwerksdirektor seinen Gehaltsverlust empfinden würde[1]). Immerhin sprechen diese Inkonsequenz und Unaufrichtigkeit deshalb nicht entscheidend gegen die Aufrechterhaltung dieser gesetzlichen Pfandrechte im Konkurse, weil die Gesetzgebung ja das Pfandrechtsprivileg auf alle Angestellten des Gemeinschuldners und vielleicht auch auf seine kleinen Gläubiger ausdehnen könnte — freilich bei der Zahl und dem Umfange dieser Ansprüche ein nicht unbedenkliches Unterfangen. Dagegen entscheidet gegen die Aufrechterhaltung dieser Lohnpfandrechte im Konkurse, daß erfahrungsgemäß für die weitaus meisten Lohnansprüche das Rangprivileg des § 43 österr. K. O. vollkommen genügt hat; es bedarf darum weder einer Ausdehnung der genannten gesetzlichen Pfandrechte zugunsten aller Angestellten, noch auch nur ihrer Aufrechterhaltung im Konkurse.

Am meisten angefochten wird, wenigstens aus den Kreisen der beteiligten Gläubiger, der Vorschlag werden, das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers anzutasten; dennoch muß verlangt werden, daß es im Konkurse nicht anders behandelt werde, als die gesetzlichen Pfandrechte zugunsten von Lohnansprüchen. Zwar ist dieses Privilegium der Bestandgeber recht alten Datums und sehr weit verbreitet, und man hat zu seinen Gunsten auch geltend gemacht, daß seine Beseitigung nur zur Erhöhung der Bestandzinse und zur Forderung nach ihrer Vorausbezahlung führen würde[2]). Allein diese Argumente sind

---

[1]) Conrad, die Pfändungsbeschränkungen zum Schutze des schwachen Schuldners, S. 477 ff.

[2]) Vgl. den Bericht bei Jaeger, S. 425.

unzureichend, wenigstens was die Wirksamkeit dieses Pfandrechtes im Konkurse betrifft. Denn die kleinen Mieter und Pächter stellen ohnedies nur ein sehr geringes Kontingent zu den Gemeinschuldnern (wann ist über einen Kleinbauern oder Hilfsarbeiter Konkurs eröffnet worden?), so daß ihnen gegenüber die Aufhebung des Konkursprivilegs der Bestandnehmer (bei sonstiger Aufrechterhaltung des Pfandrechtes)[1]) praktisch bedeutungslos wäre. Der Bestandzins größerer Wohnungen und Geschäftsräume, Landgüter usf. aber bestimmt sich gewiß nach anderen Erwägungen, als nach denen des § 1101 B. G. B.; überdies ist die Vorausbezahlung wenigstens des Mietzinses in Österreich ohnedies schon weit verbreitet. Die Beseitigung dieses gesetzlichen Pfandrechtes im Konkurse wird also eine Erhöhung der Bestandzinse nicht rechtfertigen können. Dagegen vermindert gerade dieses Privilegium wegen der Höhe der Bestandzinse (z. B. für große Geschäftslokale) die Konkursaktiven in empfindlicher Weise. Und was die Hauptsache ist: es ist bisher nicht gelungen, das Vorrecht sachlich zu rechtfertigen und die Bevorzugung des Bestandgebers vor anderen Gläubigern des Gemeinschuldners gut zu begründen. Es hat darum schon § 49, Z. 2 der deutschen K. O. das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers im Konkurse erheblich unter sein Maß außerhalb des Konkurses eingeschränkt, und damit den Forderungen der Kaufleute einigermaßen entsprochen, freilich nicht denen der Sozialdemokratie, die seine völlige Abschaffung verlangte. Man wird hier bei einer Reform des Konkursrechtes in Österreich noch weiter gehen müssen als es die deutsche K. O. in einer damals noch begreiflichen Zurückhaltung getan hat.

Wenig Schwierigkeiten wird es geben, die gesetzlichen Pfandrechte des Advokaten, der Kommissionäre und öffentlichen Lagerhäuser für alte Forderungen im Konkurse zu beseitigen, da wenigstens für die zwei letztgenannten das Beispiel der Spediteure und Frachtführer genügend beweist, daß

[1]) Über dieses soll hier sonst keine Meinung geäußert werden.

diese Ausdehnung des gesetzlichen Pfandrechtes wirtschaftlich nicht erforderlich ist. Noch weniger Gegner wird die Beseitigung der Pfändungspfandrechte im Konkurse finden, da hier[1]) nur unerhebliche Bedenken vereinzelt geäußert wurden.

Ich meine, in der Richtung erschöpfend gewesen zu sein, daß ich kein ernstes Argument für die Aufrechterhaltung der in diesem Abschnitte 5 besprochenen Pfandrechte im Konkurse übersehen habe. Damit ist aber dann auch die Schlußfolgerung gerechtfertigt, daß diese Argumente den fehlenden Zusammenhang zwischen den Bedürfnissen des Realkredits und diesen Pfandrechten nicht zu ersetzen vermögen. Die Aufrechterhaltung derselben im Konkurse läßt sich also auch aus diesen Argumenten nicht rechtfertigen.

6. Dem Pfandrechte nahe steht das Retentionsrecht. Von praktischer Erheblichkeit ist nur das gesetzliche Retentionsrecht der Art. 313 bis 316 H. G. und auf dieses will ich mich darum hier beschränken.

Es verdankt seine Bedeutung erst dem Handelsgesetzbuche und erst § 11 der österr. K. O. stellt es im Konkurse dem Pfandrecht ganz gleich; das ist anscheinend konsequent gewesen, wenn man bedenkt, wie nahe außerhalb des Konkurses dieses Retentionsrecht dem Pfandrechte steht. Aber für unsere Erwägung ist eine schärfere Betrachtung nötig, als sie die K. O. anzustellen hatte, die alle Pfandrechte einander gleich behandelt. Wir müssen fragen, ob das Retentionsrecht zu jener ersten Gruppe von Pfandrechten (S. 15 ff.) zu stellen ist, deren Aufrechterhaltung im Konkurse empfohlen werden kann, oder zu der zweiten Gruppe, die nicht derart zu begünstigen ist? Je nach der Antwort auf diese Frage ist auch die Entscheidung darüber zu treffen, ob das Retentionsrecht im Konkurse zu respektieren sei oder nicht.

Mir scheint die Antwort nicht zweifelhaft zu sein: das Retentionsrecht steht nur der zweiten Gruppe von Pfandrechten nahe, also jener, für deren Aufrechterhaltung im Konkurse

---

[1]) Vgl. v.. Pitreich, S. 8; Demelius, Pfandr., S. 31 ff.; Horten in G. H. 1897, Nr. 23; Pfaff-Schey, Nr. 1300; Makower a. a. O., S. 454.

weder ein wirtschaftliches Bedürfnis noch eine andere gewichtige Erwägung spricht. Denn das Retentionsrecht der Art. 313 ff. H. G. beruht nicht auf einer Konnexität zwischen den Retentionsobjekten und den Ansprüchen[1]), sondern wird durch einen bloßen Zufall erworben; seine Einräumung begründet weder einen Kredit noch erhält es ihn, noch kann der Gläubiger auch nur darauf rechnen, es zu erlangen, und seine Ausdehnung gerade für den Konkursfall im Art. 314 H. G. ist darum eine ganz ungerechtfertigte Begünstigung des einen Gläubigers, dem der Zufall Vermögensstücke des Schuldners in die Hände gespielt hat, vor den anderen Gläubigern desselben Schuldners. Die Aufnahme dieses Art. 314 H. G. in das Gesetzbuch läßt sich, wenigstens soweit das Konkursrecht in Frage kommt, nur aus der Tendenz erklären, möglichst viele einzelne Gläubiger von den Nachteilen der Teilnahme am Konkurse zu befreien (S. 12 f.). Freilich wird beim Vermögensverfall des Schuldners jeder Gläubiger „unbedenklich und ohne Zögern zu diesem Befriedigungsmittel greifen“[2]). Aber dieser sehr begreifliche Wunsch des Einzelnen nach seiner Bevorzugung ist doch noch keine Rechtfertigung des Gesetzes. Vielmehr ist dessen Gedankenrichtung nicht zu billigen; denn sie schmälert nach den gemachten Erfahrungen die Aktivmasse des Konkurses wiederholt empfindlich, drängte die Konkursgläubiger zugunsten Einzelner hart zurück und es ist kein Grund vorhanden, gerade beim Retentionsrechte von der oben S. 14 aufgestellten Anforderung abzugehen, daß kein Vorrecht im Konkurse anerkannt werden dürfe, es finde denn eine besondere Rechtfertigung in der Wahrung öffentlicher Interessen.

Da es an einer solchen fehlt, muß das Retentionsrecht zu der zweiten Gruppe von Pfandrechten gestellt werden, die im Konkurse nicht zu begünstigen ist.

---

[1]) So Laband a. a. O., S. 487, dessen Begründung aber sicherlich hierfür nicht zureicht, da sie das Wort Konnexität in einem ganz ungewöhnlichen Sinne nimmt. Noch schwächer sind die Motive zur österr. K. O. bei Kaserer, S. 44.

[2]) Laband a. a. O., S. 495.

7. Nun sind die Folgerungen für die Rechtsstellung der Pfandgläubiger und Retentionsberechtigten im Konkurse zu ziehen. Sie ergeben sich nicht ganz von selbst, weil sie die entwickelten Gedanken nicht bis zu Ende verfolgen dürfen.

Klar ist, daß für die Pfandrechte der ersten Gruppe die §§ 11, 12, 30 K. O. aufrecht zu bleiben haben, wenn auch eine Abänderung der §§ 31 bis 39 K. O. nötig ist, um ihre Übereinstimmung mit der E. O. zu erzielen[1]). Diese Pfandrechtsgruppe wird gebildet aus dem vor oder bei der Kreditgewährung vertragsmäßig eingeräumten Pfandrechte, und aus den gesetzlichen Pfandrechten des Advokaten für einjährige Expensenrückstände, des Kommissionärs, Spediteurs, Frachtführers und öffentlichen Lagerhauses für ihre Forderungen aus dem einzelnen korrespondierenden Geschäft, der Wassergenossenschaften, Kommassationen und Renten von Meliorationsdarlehen, endlich der bevorzugten zweijährigen öffentlichen Abgabenrückstände.

Für die zweite Pfandrechtsgruppe, in welcher die richterlichen Pfandrechte die Hauptrolle spielen, läßt die Situation sich nicht ebenso einfach regeln. Hier darf nämlich nicht übersehen werden, daß der Zeitpunkt der Entstehung des Pfandrechtes weit vor jenem der Konkurseröffnung liegen kann; daß seine Ausübung im individualistischen Interesse um so selbstverständlicher ist, als der Gläubiger ja nicht weiß, ob es zum Konkurse kommt; und daß seine Ausübung schon mehr oder weniger weit gediehen sein, sogar vor dem Konkurse schon zur Befriedigung des Pfandgläubigers geführt haben kann. Diese drei Momente erheischen Berücksichtigung schon aus Gründen der Rechtssicherheit, wenn auch das Anfechtungsgesetz sie dem Zweiten und Dritten fast ganz (Ausnahme: § 8, 11 Anf. Ges.) versagt; sie stehen alle drei der völligen Beseitigung der Begünstigung dieser Pfandrechte im Konkurse entgegen. Danach empfiehlt sich folgender Mittelweg.

---

[1]) S. über die Schwierigkeiten der jetzigen Rechtslage. Schauer in G. Z. 1899, Nr. 14; Pfaff-Schey Nr. 894, 2810.

Alle Pfandrechte dieser Gruppe sind (auch wenn kein anfechtbarer Tatbestand vorliegt) im Konkurse wirkungslos, wenn sie nicht innerhalb vier Monaten vor der Konkurseröffnung erworben (entstanden) sind; alle wann immer früher erworbenen Pfandrechte dieser Gruppe werden durch die Konkurseröffnung wirkungslos, wenn sie nicht in diesem Zeitpunkte schon zur Befriedigung des Pfandgläubigers oder doch wenigstens zur Verteilung des Pfanderlöses geführt haben; diese Wirkungslosigkeit tritt ipso iure ein, ist von Amts wegen zu wahren, bedarf der Anfechtungsklage nicht, ist vom guten oder bösen Glauben des Pfandgläubigers unabhängig, ja unabhängig selbst von seiner Kenntnis der Vermögenslage des Schuldners.

8. Die Rechtsstellung der Kompensationsberechtigten bringt sie im Konkurse den Pfandgläubigern nahe. Mit den Realgläubigern und Absonderungsberechtigten aus einem Bergwerksvermögen (§ 41 K.O.) bilden sie zusammen die Gruppe der deckungsberechtigten Konkursgläubiger[1]); das Deckungsobjekt besteht bei den Kompensationsberechtigten in der Gegenforderung des Gemeinschuldners an den Gläubiger, so wie es bei den Pfandgläubigern die Pfandsache ist.

Die Zulassung der Aufrechnung galt nicht immer als selbstverständlich. Das österr. B.G.B. läßt sie jetzt bekanntlich zu, kennt aber nur die Aufrechnung durch Erklärung und setzt dabei für ihre Zulässigkeit voraus, daß die gegeneinander aufzurechnenden Forderungen richtig[2]), gleichartig, fällig, unbedingt und gegenseitig seien; beschränkt ist überdies die Aufrechenbarkeit bezüglich der Forderungen an „Staatskassen",

---

[1]) v. Schrutka, Kompensation im Konkurse, S. 16 ff; Frankl, Revision, S. 72; Laband a. a. O., S. 226.

[2]) Ob dieses Erfordernis durch die Z. P. O. geändert worden ist, kann hier dahingestellt bleiben; vgl. Klein, Vorles., S. 211; v. Schrutka, Die Richtigkeit der Forderungen als Voraussetzung der Kompensation; R. Pollak, Zivilprozeßr., S. 372 ff. Die Bemerkungen Frankls S. 76 ff. dürften durch die Z. P. O. erledigt sein.

der Hypothekarforderungen (§§ 1438 bis 1443 B. G. B.), ferner bei fundierten Bankschuldverschreibungen (Ges. v. 27. Dezember 1905, R. G. Bl. Nr. 213) und in den Fällen des Art. 121 H. G. und des § 58 des Ges. v. 9. April 1873, R. G. Bl. Nr. 70; verboten ist sie in Galizien und der Bukowina bei Zechschulden (Ges. v. 9. Juli 1877, R. G. Bl. Nr. 67), allgemein bei eigenmächtig entzogenen, entlehnten oder in Verwahrung genommenen Stücken (§ 1440 B. G. B.) und im Falle des § 26 Anf. Ges. Noch immer ist also die Aufrechenbarkeit von Forderung und Gegenforderung zwar das Regelmäßige, aber keineswegs das selbstverständlich Zulässige.

Das B. G. B. lehnt es ab, sich über die Anwendbarkeit seiner Sätze im Konkurse auszusprechen: „inwiefern gegen eine Konkursmasse die Kompensation stattfinde, wird in der Gerichtsordnung bestimmt“ (§ 1439 B. G. B.); das war damals der der Kompensation nicht besonders günstige § 83 A. G. O. (= § 29 der K. O. v. 1. Mai 1781). Jetzt stehen diese Bestimmungen in den §§ 20, 21 K. O. und in dem, dem § 55, Z. 3 dtsch. K. O. nachgebildeten § 1 des Ges. v. 16. März 1884, R. G. Bl. Nr. 35; sie erst haben in Österreich dem Aufrechnungsrecht im Konkurse den rechten Eingang verschafft[1]). Nach ihnen ist wie jetzt nach vielen Konkursrechten[2]) das Aufrechnungsrecht im Konkurse bekanntlich grundsätzlich gleich jenem außerhalb desselben zugelassen, wenn auch mit Einschränkungen und Erweiterungen. Jene sollen verhüten, daß der zur Aufrechnung berechtigende Tatbestand erst nach der Konkurseröffnung oder vor ihr, aber durch anfechtbare Handlungen geschaffen werde; diese dagegen lassen das Erfordernis der Fälligkeit und Unbedingtheit der beiderseitigen Forderungen für die Aufrechenbarkeit deshalb fallen, weil es „unbillig wäre, dem Gläubiger

---

[1]) Über das frühere österr. Recht s. Habietinek in Haimerls Vtljschr., II, S. 59 ff.; Haimerl, Konkurs d. Gläubiger, S. 115 ff. Vgl. auch Kaserer, Komm. z. K. O., S. 53.

[2]) Frankreich macht eine Ausnahme; Art. 1298 code civil; Art. 444, 446 code de commerce.

durch den Konkurs eine Deckung zu entziehen, die er tatsächlich in seiner eigenen Schuld besaß[1])."

Ich finde in der österreichischen und deutschen Literatur keine Anfechtung dieses Systems und keine Empfehlung der französischen Rechtsordnung, welche die Aufrechnung im Konkurse grundsätzlich ausschließt; selbst das Verbot der Aufrechnung mit Forderungen aus Inhaberpapieren, wie es Art. 213 des schweizerischen Konkursgesetzes vom 11. April 1889 aufstellt, findet als zu weitgehend keine Billigung[2]).

Nun gebe ich unbedenklich zu, daß Aufrechnungen, die vor der Konkurseröffnung bereits durch die Erklärung der Partei oder durch einen Richterspruch vollzogen sind, ihre Wirkung (anfechtbare Tatbestände vorbehalten, s. S. 38) im Konkurse nicht einbüßen sollen; hier sind nach § 1438 B. G. B. die Forderung und die Gegenforderung bereits getilgt, und es wäre ein zu radikaler Eingriff in die Rechtssicherheit und in die Geschäftsgewohnheiten, wenn die Konkurseröffnung diesen bereits eingetretenen Effekt der gegenseitigen Forderungsaufhebung rückgängig machen wollte. Freilich wird dieses Zugeständnis die Wirkung haben, daß in Zukunft die Aufrechnungserklärungen bei drohendem Konkurse häufiger werden, als sie es jetzt sind; aber diesen Übelstand muß man mit der auf S. 42, Anm. 1 genannten Ausnahme in den Kauf nehmen.

Desgleichen soll die Zulässigkeit der Aufrechnung (im Rahmen des bürgerlichen Rechtes) im Verhältnisse der Masseforderungen zu den Masseschulden unverändert bleiben. Diese besondere Begünstigung der Massegläubiger liegt wie ihre ganze Vorrechtsstellung im Konkurse im Interesse einer geordneten Konkursabwicklung (s. S. 82), also im gemeinsamen Interesse der Gläubiger und des Schuldners[3]), wobei der

---

[1]) Frankl, Zur Revision, S. 72; v. Schrutka, Kompensation im Konkurse S. 58.

[2]) Frankl, Revision, S. 76.

[3]) Kaserer, S. 69; R. Pollak, Konkursr., S. 279; Jäger, S. 472.

Streit keine Rolle spielt, ob sie Gläubiger des Gemeinschuldners seien oder nicht[1]).

Endlich hat die Aufrechnung selbst den Konkursgläubigern dann freizustehen, wenn die Forderung und die Gegenforderung konnex sind[2]). Denn hier läßt sich die Bevorzugung des einen Konkursgläubigers vor den anderen damit gut begründen, daß die eine Forderung um der anderen willen entstanden sei — die Situation ist ähnlich jener beim Hypothekardarlehen.

Die Zulassung anderer Aufrechnungen der Konkursgläubiger ist dagegen abzulehnen.

Zu ihren Gunsten wird, soviel ich zu ersehen vermag, nur die historische Entwicklung und das Argument geltend gemacht, es widerstrebe der aequitas, dem Gläubiger die Annahme von Teilzahlungen zuzumuten, ihn aber zu zwingen, seinerseits die Vollzahlung zu leisten[3]).

Diese Gründe reichen nicht zu, um die Begünstigung des Aufrechnungsberechtigten vor den anderen Konkursgläubigern, wie das österreichische und das deutsche Recht[4]) sie festsetzen, zu rechtfertigen. Die Berufung auf die geschichtliche Entwicklung verschlägt hier wenig, da sich diese im ganzen auf dem unrichtigen Wege befindet, einzelne Gläubiger den Wirkungen des Konkurses zu entziehen. Die Berufung auf die Gebote der aequitas genügt ebensowenig. Was billig für den Aufrechnungsberechtigten ist, das ist ja unbillig für alle übrigen, durch die Aufrechnung verkürzten Konkursgläubiger; es bleibt bei einer solchen Berufung auf die Billigkeit also die Frage noch unerledigt, zu wessen Gunsten die aequitas anzurufen sei, ob zu jenen des einzelnen oder zu denen der Gesamtheit. Es trägt

---

1) Bejahend u. A. Wolff, Massegläubiger (in Z. Z. P., XXII, S. 206 ff.); v. Wilmowsky, S. 253; Jäger, S. 471; verneinend Hellmann, Lehrb. d. Konkursr., S. 195.

2) Diese Aufrechnung gestattet selbst die französische Rechtsprechung.

3) Laband a. a. O., S. 226; v. Schrutka, Kompens., S. 58; Frankl, Revision, S. 72 f.

4) Jaeger, Komm. (2. Aufl.), S. 461, Anm. 1.

darum, wie man sieht, keines der bisher geltend gemachten Argumente die Bevorzugung der Aufrechnungsberechtigten.

Wohl aber sprechen gewichtige Bedenken gegen sie. Schon das bürgerliche Recht läßt in kritischen Fällen (S. 27) die Aufrechnung nicht zu. Solche kritische Fälle sind im Konkurse aber besonders häufig; der „allergrellste Mißbrauch"[1]) pflegt von dem Kompensationsrechte im Konkurse gemacht zu werden, so daß dem § 21 K. O. der § 1 des Ges. v. 16. März 1884, R. G. Bl. Nr. 35, nachfolgen mußte, ohne daß doch hierdurch mehr als die gröbsten Mißbräuche hätten beseitigt werden können, Mißbräuche, denen man im französischen Rechtsgebiet begreiflicherweise nicht begegnen kann. Endlich spricht gegen das Aufrechnungsrecht des Konkursgläubigers, daß dieser dann ohne einen sachlichen Grund vor den anderen Konkursgläubigern begünstigt würde: denn es scheint wohl, ist aber nicht unbilliger, denjenigen zur Volleistung an die Konkursmasse zu verhalten, der Geld zu geben, als jenen, der andere Sachen zu leisten hat.

So führt mich denn eine möglichst genaue Abwägung der Gründe dafür und dawider zu dem Satze: Aufrechnungen von Konkursgläubigern sind im Konkurse nicht gestattet, es seien denn die Forderung und die Gegenforderung konnex. Tritt dieser Satz ins Leben, so werden gewichtige und häufige Mißbräuche verhindert und die Konkursaktiven vermehrt.

9. Während das Aufrechnungsrecht im Konkurse von der Theorie dem Pfandrecht in demselben (mit Recht) nahe gebracht wird, nehmen die Rückforderungsberechtigten (Aussonderungsberechtigten) eine andere Stellung ein. Das gemeine Konkursrecht[2]) räumte ihnen allerdings ebensowenig wie § 14 der österr. K. O. v. 1. Mai 1781 mehr ein, als einen guten Rang unter den Konkursgläubigern. Aber bei der Beratung des Entwurfes der geltenden K. O. erschien eine andere Regelung deshalb als angemessener, weil diese Rückforderungsberechtigten ja „nur das ausgeschieden haben (wollen), was mit Unrecht

[1]) Motive des Referentenentwurfes bei Kaserer, S. 52.
[2]) Über die älteren Bildungen vgl. Stobbe, S. 63 ff.

als Konkursmasse bezeichnet wurde"[1]). Darum gewährte § 26 K. O. das Recht, „die Rückstellung oder die Ausscheidung" jener „bestimmten Sachen" zu fordern, welche sich noch unterscheidbar in der Konkurmasse befinden, aber „dem Gemeinschuldner ganz oder zum Teil nicht eigentümlich gehören"; dieser rein privatrechtliche[2]), auf Titel des bürgerlichen Rechtes gestützte Anspruch auf die Herausgabe erlischt sowohl dann, wenn sein Objekt mit anderen Stücken vermischt (§§ 370, 371 B. G. B.; wichtig bei Geldsendungen)[3]), als auch dann, wenn es aus dem Konkursvermögen veräußert ist; in diesem zweiten Fall wird allerdings der Rückforderungsanspruch durch jenen auf das volle Entgelt (sei es aus der Konkursmasse, sei es vom Dritten) ersetzt[4]). In allen entscheidenden Punkten stimmen § 43 der deutschen K. O. und mit Einschränkungen auch die Art. 574, 575 code de commerce mit dem österreichischen Rechte überein, so daß diese Begünstigung der Aussonderungsansprüche weit verbreitet ist[5]).

Um so seltsamer erscheint die willkürliche Begrenzung derselben: wo immer das bürgerliche Recht den Anspruch auf die Herausgabe eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes anerkennt, respektiert ihn die K. O., mag der Anspruch dinglicher oder obligatorischer Natur sein; dagegen begründen Ansprüche auf die Verschaffung eines dem Schuldner gehörenden Gegenstandes keinen Rückforderungsanspruch. Juristisch sind freilich diese zwei Gruppen von Ansprüchen auf Heraus-

---

1) S. Kaserer, S. 67. Mit § 26 K. O. stimmt § 106 bosn. K. O. überein.

2) Kohler im Arch. f. zir. Pr. LXXXI, S. 351; v. Wilmowsky, S. 198; Jaeger, S. 371; a. M. v. Schrutka, Kompensation, S. 27.

3) Gl. U., Nr. 1400; Pfaff-Schey, Nr. 949; a. M. Gl. U., Nr. 15248. Über nach § 1425 B. G. B. deponiertes Geld s. Alfred Pollak in Gellers Z. Bl., II, S. 131 ff; Prettenhofer in G. Z. 1896, S. 136.

4) Vgl. hierzu Oetker in Z. Z. P., XXV, S. 71 ff; Seuffert, Konkursprozeßr., S. 99 f.; R. Pollak, Konkursr., S. 320.

5) Im englischen Recht ist sie allerdings sehr vermindert; Jaeger K. O., S. 373.

gabe und von solchen auf Verschaffung[1]) deutlich geschieden; aber liegen die einzelnen Fälle nicht doch hart nebeneinander? Man erwäge folgende Situationen: ich übergebe meine Uhr dem Uhrmacher zur Reparatur (Rückforderungsanspruch); ich leihe das mir anvertraute Reisehandbuch eines Freundes einem Dritten (Rückforderungsanspruch); ich übergebe dem Bankier Geldstücke zum Einwechseln und er bewahrt sie abgesondert auf (Rückforderungsanspruch); ich übergebe ihm zum gleichen Zwecke mein Papiergeld und er vermengt es sofort mit dem seinen (kein Rückforderungsanspruch); ich kaufe ein Buch, übernehme es und gebe es sofort dem Verkäufer mit dem Auftrag, es einbinden zu lassen (Rückforderungsanspruch); ich übernehme das gekaufte Buch nicht, sondern verlange, daß es vorerst eingebunden und dann erst mir tradiert werde (kein Rückforderungsanspruch); ich hinterlege in die Bank ein depositum regulare (Rückforderungsanspruch); ich hinterlege in die Bank ein Summendepot (kein Rückforderungsanspruch)[2]). Sind diese Differenzen, so gut sie sich juristisch begründen lassen, auch wirklich alle durch das Rechtsgefühl sei es des Laien, sei es des Juristen gerechtfertigt?

Noch bedenklicher wird diese Frage bei dem Verfolgungsrecht[3]), welches nach dem Muster des Art. 576 des code de commerce der § 44 der dtsch. K. O. und enger die §§ 44, 45 ung. K. O. angenommen haben und dessen Rezeption in Österreich Frankl[4]) empfiehlt. Verkäufer und Einkaufskommissionäre dürfen nach § 44 dtsch. K. O. beim Distanzgeschäft die vom Gemeinschuldner noch nicht völlig bezahlten Waren zurückfordern, sofern sie nicht vor der Konkurseröffnung am Bestimmungsorte angekommen und in die

---

1) Jaeger, S. 356.

2) Über die hier bedeutsamen feinen Unterschiede beim Bankdepot s. v. Schey, Obligationsverh., I, S. 367 ff.; Cosack, Handelsr. (6. Aufl.), S. 472 ff.

3) Oetker, Verfolgungsrecht (1883); Kohler, Lehrb. d. Konkursr., § 35.

4) Revision, S. 62 ff. Vgl. die Motive bei Kaserer, S. 67.

Gewahrsame des Gemeinschuldners gelangt sind (§ 44 dtsch. K. O.). Hat also der Schuldner die Ware am Tage vor der Konkurseröffnung bezogen, so gibt es danach kein Verfolgungsrecht, mag der Schuldner auch böswillig gehandelt haben; ebensowenig gibt es ein solches beim Platzgeschäfte[1]) (§ 26 dtsch. K. O.). Kann man sich eine willkürlichere Begünstigung als diese denken? Ihr Eintritt hängt dazu noch von Zufällen ab, welche die Erreichung des Reisezieles unabhängig vom Willen der Vertragsparteien beschleunigen oder verlangsamen; eine Zugsverspätung, ein Sturm rettet da dem Verkäufer die Ware, das pünktliche Eintreffen des Zuges oder ein gutes Reisewetter bringt ihn um das Verfolgungsrecht. Ist das verständig, sind das dem Rechtsgefühl entsprechende, wirtschaftlich gerechtfertigte Grenzen? Ich glaube nicht. Aber sehe man selbst davon ab. Wie läßt sich das Verfolgungsrecht überhaupt begründen? Ist es wahr, daß das Interesse der Erhaltung und Sicherung des Kredites es erfordere, den Verkäufer beim Distanzkauf gegen die Folgen der allgemeinen Unbeliebtheit der Nachnahmesendungen wenigstens in den schreiendsten Fällen[2]), also wohl jenen des § 44 dtsch. K. O. zu sichern? Ich vermag mich davon nicht zu überzeugen, daß dieser Mann des Schutzes bedürftiger, genauer, der Bevorzugung würdiger sei, als jener, der „per Kassa" oder am Platz verkauft oder der die Ware vertragsgemäßerweise als Eilgut und nicht als Frachtgut dem Käufer zugesendet hat. Noch weniger vermag ich nach meinen Erfahrungen der Meinung Frankls beizutreten: ohne den Bestand des Verfolgungsrechtes bestehe die Gefahr, daß der Schuldner in den letzten Tagen vor der Konkurseröffnung größere Warenposten bestelle, um seinen Aktivstand zu erhöhen. Ich gebe zu, daß verzweifelnde Schuldner durch die Verschleuderung von Waren sich über Wasser zu halten versuchen; aber solche, übrigens strafrechtlich verfolgbare Machinationen setzen gerade die Übernahme der

[1]) Jaeger, S. 375; v. Wilmowsky, S. 205; Hellmann, S. 164; a. M. Kohler, Lehrb., S. 174.

[2]) Argumente Frankls a. a. O.

Ware durch den Käufer vor dem Konkurse voraus, haben also mit dem Verfolgungsrechte nichts zu tun. Dagegen weiß ich kein Beispiel für den von Frankl befürchteten Vorgang, geschweige denn, daß es sich um eine häufige und infolgedessen der gesetzlichen Beachtung bedürftige Situation handelte.

Ich komme also zu dem Schlusse, daß das Verfolgungsrecht, da nur eine unbegründete Bevorzugung einzelner Gläubiger vor anderen bedeutend, in Österreich nicht einzuführen sei. Eine Vermehrung der Aktiven für die Konkursgläubiger wird durch diese Ablehnung freilich nicht herbeigeführt, sondern es wird nur verhindert, daß eine weitere Ungerechtigkeit der Verteilung zu den bisherigen dazutrete.

Dagegen kann eine Reform des bestehenden Rückforderungsrechtes dem Zwecke dienen, eine Erhöhung und auch eine bessere Verteilung der Aktiven als bisher zu ermöglichen.

Allerdings ist an eine Beseitigung dieses Rückforderungsrechtes nicht zu denken, auch nicht in der Form der Einreihung der Berechtigten in die erste Klasse der Konkursgläubiger. Denn zwar nicht der rein positiv-rechtliche Eigentumsbegriff (es handelt sich übrigens nicht bloß um Eigentumsrechte), aber ernste Bedürfnisse der Rechtssicherheit stehen dem entgegen; wer dürfte z. B. noch Wertpapiere einem Bankier auch nur als depositum regulare anvertrauen, wenn er besorgen müßte, im Konkursfalle mit den Konkursgläubigern in irgendeiner Form konkurrieren zu müssen? Die Begünstigung der Rückforderungsberechtigten in der jetzigen Art liegt also im dringenden Interesse des rechtsgeschäftlichen Verkehres und muß darum auch bei einer Konkursreform aufrechterhalten bleiben. Aber das Recht bedarf der Regulierung.

Vor allem läßt es sich durch die Bedürfnisse der Rechtssicherheit m. E. nicht rechtfertigen, dem Rückforderungsberechtigten den Anspruch auch auf das volle Entgelt zu gewähren, welches für das schon veräußerte Objekt erzielt wurde; hier gebührt ihm wohl nur die Rechtsstellung eines Konkursgläubigers. Dann muß unter Anlehnung an § 45 dtsch. K. O. und § 46 ung. K. O. das Rückforderungsrecht des Ehegatten

und über diese Muster hinaus jenes der nahen Verwandten und Verschwägerten des Gemeinschuldners auf die Fälle beschränkt werden, in denen diese die Objekte der Rückforderungsansprüche nachweislich aus eigenen Mitteln erworben haben; das jetzige System des Vertrauens zu den Verwandten und Verschwägerten, die Abschaffung der praesumtio Muciana[1]) zugunsten der Ehegattin haben sich, glaube ich, in Österreich nicht bewährt[2]), so daß es billig erscheint, dem Ehegatten und den Verwandten und Verschwägerten wenigstens die Beweislast dafür aufzubürden, daß sie den Erwerb der angesprochenen Stücke aus eigenen Mitteln machten. Endlich muß die Grenze für die zur Ausübung der Rückforderung berechtigenden Ansprüche nicht nur deutlich durch eine taxative Aufzählung derselben statt durch die im österreichischen und deutschen Konkursrechte beliebte Verweisung auf das bürgerliche Recht gezogen werden, sondern es darf dabei auch nicht auf die juristischen Unterschiede zwischen der Herausgabe und der Verschaffung das Gewicht gelegt, vielmehr lediglich beachtet werden, wann die Verkehrssicherheit dringend die Aufrechterhaltung des Privilegiums fordere.

Auf diese Weise wird sich zwar hie und da, z. B. beim Bankdepot, eine Erweiterung des Rückforderungsrechtes vielleicht nicht immer vermeiden lassen[3]); wohl aber wird es wiederholt (z. B. bei manchen Kaufverträgen) aufgegeben werden können, von dem Vorteil abgesehen, den eine gerechte und sinnfällige Grenzziehung an sich bietet.

10. Als Ergebnis der Auseinandersetzungen dieses Abschnittes resumiere ich:

Die Wirkung des Pfandrechtes und Retentionsrechtes im Konkurse bedarf erheblicher Einschränkungen, namentlich hin-

---

1) L. 51 XXIV, 1; C. 6 V, 16.

2) A. M. Frankl, S. 93, doch nur im Hinblick auf die Ansprüche der Ehegattin als Konkursgläubigerin. Über das Problem des Textes geben begreiflicherweise weder die Statistik noch die Konkursakten Aufschluß.

3) Vgl. Makower, Zur Revision der K. O. (in Z. Z. P. XX, S. 460 ff.).

sichtlich der gesetzlichen und richterlichen Pfandrechte und der gesetzlichen Retentionsrechte. Das Aufrechnungsrecht ist fast vollständig zu beseitigen. Das Rückforderungsrecht ist auf dessen Objekt selbst zu beschränken, zu ungunsten der Ehegatten und nahen Verwandten und Verschwägerten einzuschränken und auch sonst zu regulieren.

Auf diese Weise wird die Gleichstellung der Gläubiger gefördert, und nicht nur eine gleichmäßigere Verteilung der Konkursaktiven, somit eine Quotenerhöhung bewirkt, sondern auch eine erhebliche Erhöhung der Konkursaktiven selbst, die wieder zu einer Quotenerhöhung führt. Freilich geht diese Reform auf Kosten bisheriger Privilegien; aber sie beruht ja auf dem Nachweise, daß diese bestimmten Bevorzugungen sachlich nicht gerechtfertigt sind, sondern dem öffentlichen Interesse widersprechen.

III.

Für die Untersuchung gabelt sich nun der Weg: sie hat sowohl dem Gedanken nach einer Vermehrung und besseren Verwertung der Aktiven nachzugehen, als jenem nach einer gerechteren Verteilung der Aktiven. Wir folgen zunächst der ersten Gedankenreihe.

1. Schon das geltende Recht trachtet danach, die Konkursaktiven durch die Heranziehung der Anfechtungsansprüche zu vergrößern und bricht hierdurch mit dem freilich auch sonst nicht ausnahmslos[1] festgehaltenen Grundsatze, daß diese Aktiven sich nur aus Vermögensstücken des Gemeinschuldners zusammenzusetzen haben: stehen doch die Anfechtungsansprüche niemals dem Gemeinschuldner zu, der sich vielmehr eben des Vermögens schon vor der Konkurseröffnung entäußert hat oder hat entäußern müssen, welches durch jene der Konkursmasse wieder zugeführt werden soll.

Eine selbstverständliche Forderung ist es nun, daß in die reformierte Konkursordnung das Anfechtungsrecht im Konkurse einzuarbeiten sein wird. Mit der bequemeren Art, das selbständige Anfechtungsgesetz aufrechtzuerhalten, würde man sich um so weniger zufrieden geben können, als es dann an der Gewähr dafür fehlen würde, daß jede Norm des Anfechtungsrechtes auf ihre Übereinstimmung mit der neuen K. O.

---

1) S. über diese Ausnahmen, namentlich über § 1235 B. G. B. und Art. 5 H. G., Staub-Pisko, Komm. S. 35 f.; R. Pollak, Konkurs., S. 244 ff., woselbst die weitere Literatur.

geprüft sei. Auch hat das kontroversenreiche[1]), schwer faßliche, fast unerlernbare Anfechtungsgesetz dringend eine Vereinfachung seiner Tatbestände nötig.

Überdies bedarf es aber auch nach einer bestimmten Richtung hin neuer Anfechtungsgründe.

Das Anfechtungsgesetz hat allerdings als seinen allgemeinen Tatbestand für die Anfechtung im Konkurse nur den, daß eine vor der Konkurseröffnung gesetzte Handlung vorliegen müsse, welche die Konkursmasse nachteilig trifft, und daß die Konkurseröffnung erfolgt sei. Dazu kommt aber noch das freilich nicht stets[2]) (s. § 3 Anf. Ges.), aber der Regel nach erforderliche Tatbestandsmoment, daß eine Begünstigungs- oder Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners vorhanden sei; selbst die wichtigsten Bestimmungen, die §§ 5, 6 Anf. Ges. bauen sich auf diesem, wenn auch hier schon etwas abgeschwächten Gedanken auf. In dieser Regelmäßigkeit, wie das Anfechtungsgesetz es meint, ist dieses Tatbestandsmoment jedoch nicht zu billigen. Vielmehr werden, ebenso wie § 3 des Anf. Ges. es gegenüber der familia suspecta mit Recht tut, noch Tatbestände zu schaffen sein, welche jedermann gegenüber die Anfechtbarkeit gewisser nachteiliger Rechtshandlungen vor dem Konkurse unabhängig von jedem dolus oder jeder culpa, ja auch unabhängig von der Kenntnis des Bedachten von der Vermögenslage des Gemeinschuldners zur Zeit der Rechtshandlung zulassen.

Mein Gedankengang hierbei ist folgender: die Konkurseröffnung schafft nicht erst den Grundsatz der par conditio creditorum; sie gibt nur bessere Mittel ihn durchzuführen, als die Z. P. O. und E. O. sie haben oder wenigstens derzeit haben. So lange freilich der Schuldner alle seine Verpflich-

---

[1]) Vgl. Steinbach, Komm., 3. Aufl.; Kafka, Die anfechtungsrechtl. Judikatur des österr. O. G. H. 1900 bis 1907 (in Goldschmids Ztsch., LXII, S. 245 bis 265); R. Pollak, Die jüngste Rechtspr. des O. G. H. auf Grund der K. O., Nr. 107 bis 142; Makower a. a. O., S. 459 ff.

[2]) Krasnopolski, Studien (Grünhuts Z., XIV, S. 79); a. M. Cosack, Anfechtungsr., S. 59 ff.

tungen, sei es auch zögernd, erfüllen kann, bedarf es allerdings keiner Mittel, um die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger zu bewirken; sie werden ja alle völlig befriedigt. Insolange ist darum gegen die Einzelrechtsverfolgung von diesem Gesichtspunkte aus nichts einzuwenden. Aber diese Fähigkeit des Schuldners hört erfahrungsgemäß schon ziemlich lange vór der Konkurseröffnung auf. Ist nun der Grundsatz der par conditio creditorum richtig (S. 13), so muß es darum Mittel geben, ihn durchzusetzen auch für die Handlungen, welche der Konkurseröffnung vorangehen. Denn durch diese ist jetzt deklariert, daß ihr vorhergehende (freiwillige und unfreiwillige) Rechtshandlungen des Schuldners den Effekt hatten, einzelne Gläubiger ohne sachliche, nur aus zeitlichen Gründen besser zu stellen als jene, die nun Konkursgläubiger geworden sind. Daß es hierbei gleichgiltig ist, ob der befriedigte Gläubiger auch nur von dem Herannahen des Konkurses wußte, scheint mir klar zu sein: wird ihm doch das Empfangene nicht etwa strafweise abgenommen, sondern aus objektiven Gründen, nämlich um dem Grundsatze Rechnung zu tragen, daß alle Gläubiger gleich behandelt werden sollen, und dafür ist es gleichgiltig, ob und wie viel der Befriedigte von der Gläubigerkonkurrenz oder von dem Vermögensverfall wußte.

Es kann gegen diesen Gedankengang nicht mit Erfolg eingewendet werden: es sei im Widerspruch mit unserer Privatrechtsordnung, dem einen Gläubiger um anderer willen abzunehmen, was ihm gebühre. Unsere Privatrechtsordnung ist rein positiven Rechtes und hat sich schon ganz andere Sätze als den hier vorgeschlagenen gefallen lassen, hat den Rücksichten auf die öffentlichen Interessen, gewissermaßen nachbarrechtlichen Rücksichten ungleich mehr Bedacht schenken müssen, als durch die jetzt in Aussicht genommene Erweiterung der §§ 5, 6 Anf. Ges. Man denke an die vielen Einschränkungen des Eigentumsrechtes, z. B. an Enteignung und Notwege. Und die ganze Konkursordnung und das ganze Anfechtungsgesetz sind doch Einschränkungen der freien individualistischen Rechtsausübung, wie der § 1305 B. G. B. sie anscheinend

sanktioniert. Auch soll nach meinem Vorschlage niemand gehindert sein, sich bezahlen zu lassen, was ihm gebührt, und meinetwegen auch das, was ihm nicht gebührt. Nur muß er damit rechnen, daß ihm der Mehrempfang über die Quote wieder abgenommen werde, wenn es sich nachträglich herausstellt, daß durch die Leistung an ihn die par conditio creditorum verletzt wurde.

Es gäbe freilich ein sehr beachtenswertes, ja ein ernstes Bedenken gegen die hier vorgetragene Lehre ab, wenn der Grundsatz des Anspruches der Gläubiger auf eine gleichmäßige Befriedigung, obzwar im Konkurse anerkannt, vor demselben auch trotz des status cridae des Schuldners nicht für richtig befunden würde. Dann wäre mein Gedankengang falsch. Das meine ich aber nicht besorgen zu müssen, weil nicht einzusehen ist, wie denn *sachlich* gerade der *Konkurseröffnung* die Bedeutung zukommen sollte, den Grundsatz der Gläubigergleichheit zu rechtfertigen; gerechtfertigt ist seine Wahrung doch durch den status cridae.

Dagegen sind allerdings zwei Einschränkungen des entwickelten Gedankens sachlich ebenso gerechtfertigt, als die korrespondierenden bei den Pfandrechten (S. 27). Es geht erstens nicht an, fristenlos die Rückgewähr des Geleisteten zu fordern, mag auch der Vermögensverfall des Schuldners noch so hoch in die Zeit vor der Konkurseröffnung hinaufreichen; dringende Rücksichten der Rechtssicherheit und der glatten Geschäftsabwicklung fordern vielmehr, daß der Gläubiger, der die Leistung empfing, innerhalb einer kurzen Frist wisse, ob er sie zurückzugeben habe oder nicht: in Anknüpfung an das ältere französische Recht[1]) schlage ich darum vor, daß der *Gläubiger, dem die Leistung wieder abgenommen werden soll, zwar den Nachweis des status cridae im Zeitpunkt der Leistung nicht fordern dürfe, aber den Mehrempfang nur zurückzustellen habe, wenn der Leistung an ihn* (sie sei freiwillig oder nicht) *binnen 14 Tagen die*

[1]) Vgl. *Cosack* a. a. O., S. 7; R. *Pollak*, Konkursr., S. 341; Art. 441, 446 code de commerce.

gar nicht durchdachten[1]) Ausnahme des § 199 K. O. (Konkurseröffnung über das Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafter einer offenen Handels-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaft) abgesehen, keine Konkurseröffnung von Amts wegen. Abweichend von dem früheren Rechtszustand Österreichs (Hfr. v. 5. November 1790, J. G. S. Nr. 75) und noch mehr von den romanischen Gesetzgebungen Frankreichs, Belgiens, Italiens und Rumäniens[2]) verlangt es vielmehr ebenso wie § 103 Dtsch. K. O.[3]) einen Konkurseröffnungsantrag[4], und sichert die Rechtzeitigkeit dieses Antrages nur durch die Strafdrohung des § 486 Str. Ges. auf verspätete Anträge des Schuldners.

Es kann als allgemeinkundig angesehen werden, daß dieses System seinen Zweck verfehlt hat, die Rechtzeitigkeit der Konkurseröffnung zu sichern, ihr Zusammenfallen mit dem materiellen Konkurs zu bewirken; auch die Gründe dieses Mißerfolges sind derart bekannt, daß kein Anlaß ist, sie herzuzählen. Es ist klar, daß es da einer Abhilfe bedarf, wenn rechtzeitige Konkurseröffnungen von Nutzen sind. Das glaube ich bejahen zu dürfen.

Werden Konkurse frühzeitig eröffnet, so hat dies ja den Vorteil, daß mehr Aktiven als später vorhanden sind; daß den Gläubigern viel größere Quoten in Aussicht gestellt werden können als bisher, daß auch die Wahrung des wirtschaftlich und ethisch gleich wichtigen Grundsatzes der par conditio creditorum leichter als bisher und auf eine wenig

---

[1]) Vgl. Frankl, Konkurs d. off. Handelsges., S. 32 f.; derselbe, Zur Revision, S. 12 ff.; K. Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik d. Handelsges., S. 155 f.; W. [illegible], Konkursr., S. 171, 438 f. Die Schwierigkeiten sind in der Praxis zahlreicher, als es die Theorie erkennen läßt.

[2]) Vgl. Jaeger, K. O., S. [illegible].

[3]) In einer kleinen Anzahl von Fällen kennt das deutsche Recht eine Anzeigepflicht; s. Seuffert, Konkursprozeßr., S. 135 f.; Jaeger, S. 586 f.

[4]) Oder die davon nicht ersichtlich verschiedene Anzeige der Zahlungseinstellung an das Gericht, § 1[illegible]4 K. O.

empfindliche Weise ermöglicht ist. Auch wird hierdurch der außergerichtliche Ausgleich mit seinen ernsten großen Schäden erschwert. Es wird die kaufmännische Moral sehr gehoben, wenn jeden leichtsinnigen Kreditnehmer oder Spekulanten alsbald die Konkurseröffnung trifft; endlich wird dadurch die weitere Kreditgewährung an Kreditunwürdige unterbunden, die sonst mit Rücksicht auf konkurrierende Lieferanten bisweilen nicht vermieden werden kann. Es spricht auch keineswegs gegen die Frühzeitigkeit der Konkurseröffnungen, daß sie eine Anzahl von Personen aus dem Kreise der Unternehmer ausscheidet; denn eine Erhöhung der Unternehmerzahl in einem Lande ist doch nur dann von Vorteil, wenn diese Unternehmer leistungsfähig, solide sind.

Ernste Bedenken gegen frühzeitige Konkursverhängungen liegen dagegen darin, daß jede Konkurseröffnung mit einer Herabdrückung des Wertes der Aktiven verbunden ist, daß infolgedessen die Gläubiger konkursscheu sind und daß die Lokalisierung eines Konkurses im jetzigen Zeitalter der reichlichen Kreditgewährungen recht schwer ist, so daß eine Vermehrung der Konkurseröffnungen unter Umständen auch eine Vermehrung der Geschäftskrisen bewirken kann. Auch wirkt der Konkurs noch immer diffamierend.

Immerhin sprechen überwiegend die Gründe dafür, daß die reformierte Konkursordnung besser als das bisherige Recht dafür Sorge tragen müsse, daß die Konkurseröffnung dem Eintritte des materiellen Konkurses nicht allzusehr nachfolge. Wie ist dies zu bewirken?

Von Strafrechtsdrohungen zur Erreichung dieses Zieles verspreche ich mir nichts. Auch kann man weder auf den Schuldner noch auch auf seine Gläubiger ernstlich rechnen, wenn man rechtzeitige Konkurseröffnungen erzielen will. Das hat die Erfahrung während des 30jährigen Bestandes der Konkursordnung vom 25. Dezember 1868 ebenso verläßlich gelehrt, als der stete, zum Glück bisher in Österreich unerfüllt gebliebene Ruf nach der Einführung eines gerichtlichen Vorkonkursverfahrens, über das ich mich nur deshalb hier

nicht weiter ablehnend ausspreche, weil ich es schon ausführlich in der Leipziger Ztschr., I, Nr. 2, getan habe[1]). Die Gläubiger bringen offenbar nicht so viel Bürgersinn auf, um ihre Einzelinteressen den öffentlichen Interessen, die mit denen der Gläubigergesamtheit zusammenfallen, hintanzusetzen; vielleicht kann man dies wirklich nicht von ihnen verlangen. Und die Motive für den Schuldner, den Eröffnungsantrag selbst mit Opfern zu verzögern, liegen zu sehr am Tage, als daß sie der Besprechung bedürften.

Als einziges verläßliches Mittel zur Bewirkung rechtzeitiger Konkurseröffnungen bleibt darum nur die Konkursverhängung von Amts wegen übrig.

Neben ihrem erheblichen Vorteile stehen freilich auch Nachteile. Zu ihnen gehört allerdings nicht, daß ihre Einführung Österreich möglicherweise ebenso den Vorwurf einer polizeistaatlichen Regelung zuziehen wird, wie noch jüngst die Verstärkung der richterlichen Prozeßleitung in unserem Zivilprozesse. Mit solchen Vorwürfen würde man sich abzufinden haben; das Rechtsleben hat sich ja nicht nach den Doktrinen zu richten, sondern diese nach den Bedürfnissen der Rechtsunterworfenen. Ebenso spricht (wie ich nun abweichend von meiner früheren Meinung glaube) gegen eine solche Konkurseröffnung von Amts wegen nicht, daß sie die Zahl der Konkursverfahren vermehrt; denn die Konkursverhängung trifft doch nur die Zahlungsunfähigen oder Überschuldeten und korrespondiert überdies mit einer erheblichen Verminderung der Zivilprozesse und Exekutionen; der wirtschaftliche Nachteil dieser ist aber beim status cridae größer als jener einer Konkursverhängung, so daß die Verminderung der Einzelrechtsverfolgungen trotz jener Vermehrung ein Gewinn ist. Aus denselben Erwägungen ist eine Verstärkung der Gerichtsbelastung durch diese Konkurseröffnungen nicht vorauszusetzen, sondern eher ihre Herabminderung.

---

[1]) Dortselbst ist die Literatur angegeben; hinzuzufügen ist Sieblich, Der Zwangsausgleich ohne Konkurs (1906).

Bedenken dieser Art sind also leicht beiseite zu schieben. Schwerer ist die Sorge vor unnötigen Untersuchungen der Vermögenslage durch die Gerichte und vor unnötigen, oder doch wenigstens vorzeitigen Konkurseröffnungen, die dann allerdings mehr Schaden als Nutzen bereiten, ja bisweilen Geschäftskrisen hervorrufen oder doch verbreitern könnten.

Auch diese Bedenken reichen nicht hin, um auf die Konkursverhängung von Amts wegen verzichten zu lassen. Aber sie wiegen so schwer, daß ihnen bei der Feststellung der Voraussetzungen dieser Eröffnungsart Rechnung getragen werden muß.

Das erste Erfordernis hierfür ist ein gesetzlich genau umschriebener Tatbestand. Nichts darf hier dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Verzichtet das Gesetz damit auch auf die Möglichkeit, jedem einzelnen Falle gerecht zu werden, so gewinnt dafür die Rechtssicherheit; darauf kommt es immer viel, hier aber deshalb besonders viel an, weil eine Konkursverhängung ein ungemein folgenschwerer Akt ist. Es darf darum dem Gerichte in keiner Form anheimgegeben werden, eine Vermögensuntersuchung anzustellen, selbst dann nicht, wenn es Anlaß hat, eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit zu vermuten. Solche Untersuchungen würden das Gefühl der Ruhe und Sicherheit im rechtsgeschäftlichen Verkehre stark beeinträchtigen; selbst wenn die Bevölkerung sie sich gefallen ließe, dürften sie ihr nicht zugemutet werden.

Das zweite Erfordernis ist, daß der gesetzliche Tatbestand enge sei. Es handelt sich um eine Neueinführung, die den Traditionen des österreichischen Geschäftslebens sehr widerspricht; konnte sich doch der Geschäftsmann so wenig entschließen, auch nur den Eröffnungsantrag ernst zu nehmen, daß der Oberste Gerichtshof im Jud. B. Nr. 140 dagegen Stellung nehmen mußte, ihn als Exekutionsmittel verwendet zu sehen. Die neue Einrichtung könnte darum leicht kompromittiert werden, wenn sie das Sprichwort nicht beachtete: allzu scharf macht schartig. Deshalb darf man es nicht wagen, den Konkurs von Amts wegen schon bei der Häufung von Klagen oder bei einer publizierten Zahlungseinstellung er-

öffnen zu lassen. Nur solche Fälle des Vermögensverfalles dürfen dieser Eröffnungsart verfallen, bei denen es menschlichem Ermessen nach sicher ist, daß der Schuldner sich einer späteren Konkurseröffnung auf Antrag doch nicht würde entziehen können, und bei denen eine solche von Amts wegen ihm also nicht schadet, wohl aber den Grundsatz der Gläubigergleichheit wahrt und der Konkursmasse Aktiven erhält.

Als solche klare Fälle sehe ich die an, in denen wider einen Schuldner gleichzeitig oder in ganz kurzen Zwischenräumen mehrfach Exekutionen zur Hereinbringung von Geldforderungen geführt werden, ohne daß er binnen einer kurzen Notfrist diese Ansprüche durch Zahlung befriedige. Die nötige Zahl der Exekutionen hat das Gesetz festzusetzen, ebenso die Minimalhöhe der einzelnen Ansprüche; deren Sicherstellung darf die Konkurseröffnung nicht aufhalten.

3. Es ist klar, daß damit nur die krassen Fälle des Vermögensverfalles und der Verzögerung der Eröffnungsanträge getroffen werden. Die Hauptrolle für die Konkursverhängung bleibt doch den Anträgen hierauf vorbehalten. Diesen gebührt darum noch eine Betrachtung.

So viel ich sehe, dreht sich diese in Österreich bisher im wesentlichen um die Frage, ob die Zahlungsunfähigkeit (insbesondere die Zahlungseinstellung) allgemein zum Konkurseröffnungsgrund erhoben werden solle, wie nach § 102 dtsch. K. O. und Art. 437 code de commerce[1]), oder ob der jetzige österreichische Rechtszustand vorzuziehen sei, der sie als solchen im wesentlichen, wenn auch nicht ausschließlich (§ 62, Z. 1 K. O.), nur bei registrierten Kaufleuten respektiert. Ich trage nun kein Bedenken, aus den von Frankl[2]) entwickelten Gründen der Erhebung der Zahlungsunfähigkeit zum allgemein wirksamen Eröffnungsgrunde zuzustimmen; jedenfalls aber ist die jetzige österreichische Rechtsordnung unhaltbar, welche diesen Eröffnungsgrund von der Registrierung des

[1]) Frankreich kennt freilich nur einen kaufmännischen Konkurs.

[2]) Zur Revision, S. 53 ff.

Schuldners abhängig macht. Ich bin auch mit Frankl trotz des laut gewordenen Widerspruches[1]) dahin einverstanden, daß an den Erfordernissen der Gläubigermehrheit und eines gewissen Aktivums für die Konkursverhängung in Hinkunft im bisherigen Umfange festgehalten werde (§ 66 K. O., § 2 des Ges. v. 16. März 1884, R. G. Bl. Nr. 33); diese Regeln haben zu schlechten Erfahrungen keinen Anlaß gegeben[2]). Festhalten möchte ich auch und im Gesetze sogar zur Behebung laut gewordener Zweifel[3]) ausdrücklich aussprechen das gegen Gläubigerpressionen gerichtete Verbot, Konkurseröffnungen dadurch hervorzurufen, daß der betreibende Gläubiger Kostenvorschüsse leiste[4]) — von dem schon jetzt geltenden Ausnahmsfalle des § 2 des Ges. v. 16. März 1884 R. G. Bl. Nr. 35, abgesehen.

Zweifelhafter ist die Frage, ob neben der Zahlungsunfähigkeit auch die Überschuldung als ein (allgemeiner) Konkurseröffnungsgrund beizubehalten sei?

Die Bedeutung dieser Frage darf freilich nicht überschätzt werden. Zwar ist es sicherlich richtig, daß ein Schuldner überschuldet sein kann, ohne zahlungsunfähig zu sein; und jeder Run auf eine Sparkasse kann auch die Möglichkeit der umgekehrten Situation ergeben. Aber der Regel nach fallen doch die Überschuldung und die Zahlungsunfähigkeit zusammen. Immerhin möchte ich hier gegen Frankl dem geltenden österreichischen Rechte das Wort reden, und auch die Überschuldung als einen selbständigen Eröffnungsgrund beibehalten; es bleibt sonst der bedenkliche Zustand möglich, daß Überschuldete auch gegen den Willen solcher Gläubiger fortwirtschaften dürfen, die nicht zu ihrem Gelde kommen können.

---

[1]) Jaeger, K. O., S. 584. Manche Staaten gehen weiter noch als Österreich, so z. B. Rußland; s. Borchard, IX, S. 229.

[2]) A. M. für Deutschland Makower a. a. O., S. 471 ff.

[3]) Anthofer in Ger. Halle, 1869, Nr. 49, und die ältere Praxis; Nowak, Slg. III, Nr. 313.

[4]) Vgl. Pollak, Konkursr., S. 73. Anders § 107 dtsch. K. O.; hierzu Hellmann, S. 424 f.

Nicht zu billigen sind freilich trotzdem die §§ 62, Z. 2, bis 64 K. O. selbst, die vielmehr trotz des gesunden Grundgedankens beinahe als Muster einer ungewandten und mißlungenen Gesetzgebung gelten können. Hierfür zwei Beispiele.

Vor allem sticht in die Augen, daß § 62, Z. 2, K. O. ebenso wie sein Vorgänger, der § 2 der K. O. vom 1. Mai 1781 für die Eröffnung des Nachlaßkonkurses gar nichts in dem hier bedeutsamen Punkte bestimmt: er sagt weder, ob die Überschuldung, noch ob die Zahlungsunfähigkeit hier entscheidend sei; nach seinem Texte wäre daher die Eröffnung eines Nachlaßkonkurses auch über einen aktiven, mit paraten Zahlungsmitteln versehenen Nachlaß zulässig! Dieser Fehler muß beseitigt werden. Dabei ist dann auch der Zusammenhang mit den §§ 813 bis 815 B. G. B. über die Gläubigerkonvokation herzustellen und ihre Ergänzung vorzunehmen. Denn jetzt ist der Fall im B. G. B. gar nicht geregelt, daß diese Konvokation eine Nachlaßüberschuldung ergeben könne, und so sieht man in der Praxis nicht selten den Nachlaß vom Erben in solchen Fällen eigenmächtig quotenmäßig verteilen.

Dann aber darf bei der Reform keinesfalls der sehr bedenkliche § 63 K. O., der Überrest der Bedeckungsklage des § 3 der K. O. vom 1. Mai 1781, in seiner jetzigen, zu Pressionen und Schikanen fast verleitenden Fassung aufrechterhalten bleiben. Er verfügt bekanntlich, daß der Gläubiger, habe er auch keinen Exekutionstitel, sondern nur eine „vollen Glauben verdienende" [1]) Urkunde, antragsberechtigt sei, falls der Schuldner mit Exekutionen verfolgt ist, daß sich aber der Schuldner der Konkurseröffnung schon dann erwehren könne, wenn er nur diesen einen Gläubiger sicherstellt. Beides ist verwerflich: Ob der Antragsteller überhaupt ein Gläubiger ist, steht da gar nicht fest; die Antragstellung ist also zu sehr erleichtert. Und dem Schuldner wird vom Gesetze beinahe nahegelegt, die par conditio creditorum (etwa noch dazu in anfechtbarer Art) zugunsten des Antragstellers zu verletzen. Dabei ist noch nicht

---

[1]) In das geltende Beweisrecht Österreichs paßt das kaum mehr.

einmal hervorgehoben, daß das hier besonders langwierige Eröffnungsverfahren die Praxis geradezu und mit Erfolg dazu eingeladen hat, den Antrag nach § 63 K. O. als eine Art Exekutionsmittel, nämlich dazu zu gebrauchen, daß der Schuldner aus Furcht vor der Konkurseröffnung dem drängenden Gläubiger Abschlagszahlungen leiste, worauf dann der Antrag zurückgenommen wird, um später wieder einmal gestellt zu werden. Die reformierte Konkursordnung wird alle diese Übelstände vermeiden, z. B. textieren müssen: Auf Antrag eines Konkursgläubigers ist der Konkurs zu eröffnen, wenn der Schuldner überschuldet oder zahlungsunfähig ist[1]).

Der Hauptpunkt des Problems wird freilich durch alle diese Erörterungen kaum berührt und ist auch, so viel ich sehen kann, wenigstens in der mir zugänglichen Literatur nicht besprochen. Er gipfelt in der Frage: Wie ist es zu bewirken, daß der Konkurseröffnungsantrag nicht mißbräuchlich als Exekutionsmittel verwendet werden könne?

Der jetzige Rechtszustand in Österreich, obwohl nirgends im Gesetz ausgesprochen, ist sicherlich der, daß der Eröffnungsantrag insolange zurückgenommen werden dürfe, als auf ihn nicht die Konkurseröffnung in einer für das Gericht bindenden Weise beschlossen ist. Dem entspricht auch der Rechtszustand in Deutschland[2]). Da nun das Eröffnungsverfahren (wenigstens in vielen Fällen) sich relativ langwierig gestaltet, so ergibt diese Rechtslage, daß der antragstellende Gläubiger eine ziemlich lange Spanne Zeit hat, in der er seinen Antrag zurückziehen darf, und daß dem Schuldner ebenso lange Zeit bleibt, um den Antragsteller dazu zu bestimmen. Es ist einleuchtend, daß dies in der Regel nur durch die Gewährung einer Befriedigung oder Sicherstellung geschieht, die der Schuldner nicht allen seinen Gläubigern bieten kann. Daß in einem solchen Vorgang ein eben solcher Mißbrauch des Antragrechtes liegt,

[1]) § 105 dtsch. K. O. begnügt sich mit Unrecht mit der Glaubhaftmachung der Gläubigerqualität.

[2]) Oetker, Konkursr. Grundbegr., I, S. 176 ff., Jaeger, S. 587.

als etwa die Verwendung des Pfändungspfandrechtes statt des vertragmäßigen oder als ein Scheinprozeß ihn darstellen, das ist klar, und schon die demoralisierende Wirkung eines solchen Mißbrauches darf nicht gering angeschlagen werden. Immerhin steht sie noch an Bedeutung hinter der Gefährdung der Gläubigergleichheit zurück; jeder Vorteil des einen drängenden Gläubigers wird ja mit einer Verminderung der Aktiven des Schuldners erkauft, die jenen zum Nachteil gereicht, welche dann Konkursgläubiger werden müssen. Das wäre schon an sich schlimm genug. Unerträglich wird es dadurch, daß jeder Gläubiger die Möglichkeit dieses Mißbrauches kennt, und daß er von seiner Häufigkeit weiß. Infolgedessen werden gegen überschuldete oder zahlungsunfähig gewordene Schuldner von sehr vielen Gläubigern (vielleicht auch von manchen Prätendenten) solche Eröffnungsanträge gestellt, deren Zurücknahme, bisweilen nur auf eine knappe Frist, ihnen dann der Schuldner abkaufen muß; daß er hierbei auch noch die Kosten dieser vielen Eröffnungsverfahren „freiwillig" auf sich zu nehmen hat, obwohl sie ihm das Gesetz nicht auferlegt[1]), das ist allgemein bekannt.

Dieses Unwesen ist bedenklichster Art, wie man sieht. Denn wohl nie wird auf solche Weise ein Vermögensverfall hintangehalten; der Schuldner verfällt schließlich doch dem Konkurse. Nur haben sich dann in diesem späteren Zeitpunkte die Konkursaktiven durch die vielen Eröffnungsverfahren und ihre Folgen sehr häufig in einem ganz erheblichen Maße verringert. Seit einigen Jahren bemühen sich nun freilich die Gerichte, diesen Mißständen zu begegnen, sei es hie und da selbst auf Kosten des Gesetzes. Eine ernste Abhilfe ist aber auf diesem Wege doch nicht zu erreichen; die Konkursreform muß sie bringen.

Diese muß dabei von dem Gedanken ausgehen, daß die Konkursordnung den Eröffnungsantrag nicht zum Zwecke der individualistischen Rechtsverfolgung zur Verfügung stelle, sondern nur zur Geltendmachung und Wahrung öffentlicher

---

[1]) Schwarz, Konkursr., I, S. 61; R. Pollak, Konkursr., S. 27.

Interessen durch den Einzelnen. Es ist zwar begreiflich, daß der einzelne Gläubiger sich dieser Auffassung nicht immer anbequemen kann. Wenn ihm, namentlich dem Kaufmann, schon der Zivilprozeß und die Exekution, also die individualistische Rechtsverfolgung unwirtschaftlich und als ein Hemmnis des Geschäftsbetriebes erscheinen, so geht es gewiß fast jedem Geschäftsgläubiger gegen den Sinn, daß er den Konkurseröffnungsantrag nur als „Glied des Ganzen", im Interesse aller Gläubiger, in jenem der Volkswirtschaft seiner Heimat stelle und nicht zur Verfolgung seiner Sonderinteressen. Aber auf solche Sonderempfindungen darf eben bei der Regelung der Konkurseröffnung wegen ihrer gesetzlichen Zweckbestimmung kein Bedacht genommen werden: jenen Einzelinteressen dient nur die Exekution mit ihren Mitteln, und es darf darum keinem Gläubiger erlaubt werden, zum Schaden aller, diese Mittel eigenmächtig um eines, den Konkurseröffnungsantrag, zu vermehren.

Aus diesem Gedankengange heraus ist das Eröffnungsverfahren zu reformieren. Beseitigt werden kann es nicht; denn die Notwendigkeit von Ermittlungen zwischen dem Eröffnungsantrag und seiner Erledigung besteht, wenn auch nicht immer, so doch in einer Reihe von Fällen. Das Gesetz muß sich also mit einer Verbesserung begnügen. Diese wird nun zunächst aus dem Eröffnungsverfahren alles auszuschalten haben, was es auch nur ein wenig langwierig macht, und namentlich jede kontradiktorische Parteiverhandlung. Überdies ist zwar nicht der Eröffnungsantrag des Gläubigers unwiderruflich zu machen durch seine Erhebung bei Gericht; aber ein zurückgenommener Antrag darf weder vom Antragsteller noch von seinem Rechtsnachfolger innerhalb der nächsten sechs Monate erneuert werden (vgl. § 200, Z. 3, 282 E. O.), und die Zurücknahme bewirkt auch den Verzicht auf die Exekution für dieselbe Zeit, und zwar für alle Ansprüche dieses Gläubigers.

Die Inkonsequenz dieses Vorschlages kann freilich kaum jemandem entgehen: eine Stundung auf sechs Monate wird

ja gewiß auch nur durch Sonderbegünstigungen zu erreichen sein. Allein einerseits würde ein völliges Verbot der Zurücknahme des Eröffnungsantrages vermutlich nur die Wirkung haben, daß die Pressionen in die Zeit vor der Stellung des Antrages verlegt würden; ein völliges Verbot der neuerlichen Anbringung eines zurückgenommenen Antrages läßt sich anderseits sachlich kaum rechtfertigen, da die Vermögenslage des Schuldners sich ändern kann. Darum wird man besser tun, sich mit der vorgeschlagenen Halbheit zu bescheiden, die dem Schuldner wenigstens eine lange Stundung und während derselben die völlige Sicherheit vor diesem Gläubiger (und natürlicherweise vor seinen Universal- und Singularsukzessoren) gewährt, und die darum dem Gläubiger den Anreiz zum Mißbrauche seines Antragrechtes erheblich vermindert.

4. Die Konkurseröffnung von Amts wegen, die Erhebung der Zahlungsunfähigkeit zum allgemeinen Konkurseröffnungsgrunde, die Vereinfachung des Eröffnungsverfahrens, die sechsmonatliche Minimalfrist für die Stundung und ihre Ausdehnung auf alle Ansprüche des Gläubigers sind die Mittel, welche ich vorschlage, um die Rechtzeitigkeit der Konkurseröffnung sicherzustellen.

Ich meine, sie werden ihren Zweck tun, ohne doch solche Schuldner zu gefährden, die der Konkursverhängung sonst auf die Dauer und mit Recht begegnen könnten.

[illegible] machen und das Gebiet [illegible] [illegible] [illegible] nahme [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] wurde.

Die Schiffe mit aller [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

[illegible]

Natürlicherweise ist durch keinen dieser Behelfe der Gemeinschuldner bemittelter worden, als er es war. Wohl aber ist es die Konkursmasse geworden. Das Maß dieser Vermehrung kann freilich nicht ziffermäßig erfaßt werden, da die Statistik[1]) hierüber keinen Aufschluß gibt. Auch werden die dem Konkursvermögen neu erschlossenen Quellen in den einzelnen Konkursen in sehr verschiedener Stärke fließen, bald kaum sichtbare Zuflüsse bringen, bald die Aktiven verdrei- und vervierfachen. Endlich darf gewiß nicht unbeachtet bleiben, daß ein Teil dieser Aktiven in Zukunft dadurch konsumiert wird, daß die bisher bevorzugten Gläubiger nunmehr als Konkursgläubiger ihre Quote in Anspruch nehmen werden.

Dennoch wird kein erfahrener Praktiker daran zweifeln, daß nicht nur eine gleichmäßigere Verteilung der Aktiven unter die Gläubiger, sondern auch eine sehr erhebliche Quotenerhöhung die Folge der Durchführung der Vorschläge dieses Gutachtens sein wird[2]). Man billige sie vom Standpunkte der ethischen und wirtschaftlichen Gerechtigkeit und es wird am schätzenswerten, pekuniären Erfolge für die Konkursgläubiger nicht fehlen.

Freilich werden einzelnen Gläubigern Vorteile genommen, die sie bis jetzt gesetzlicher- oder ungesetzlicherweise genossen. Allein diese Vorteile sind nachgewiesenermaßen ohne sachliche Berechtigung und müssen dem allgemeinen Interesse weichen. Es wird sich übrigens auch, so hoffe ich, in einer nicht gar zu langen Frist herausstellen, daß dieses allgemeine Interesse auch die scheinbar geschädigten Einzelinteressen deckt; ist doch der Begünstigte des einen Konkurses jetzt gar oft der Benachteiligte im anderen.

Die Mittel zur Erhöhung der Quoten sind jedoch mit den genannten noch nicht erschöpft. Vielmehr kommt hier

---

[1]) Vgl. v. Pitreich, Die Konkursgesetzgebung im Lichte der Konkursstatistik, S. 8 ff.

[2]) Als ein wünschenswerter Nebenerfolg wird eine Verminderung der außergerichtlichen Ausgleiche und eine Erhöhung der in ihnen gebotenen Quoten eintreten.

IV.

1. Es möge gestattet sein, hier einen Augenblick Halt zu machen und das Gebiet zu überschauen, welches durch die Annahme der bisherigen Vorschläge dem Konkursvermögen erobert würde.

Die Objekte fast aller Pfändungs- und eines beträchtlichen Teiles der gesetzlichen Pfandrechte (namentlich des Bestandgebers), eines Teiles der vertragsmäßigen Pfandrechte, der ganzen Retentionsrechte des Art. 314 H. G., der Aufrechnungsrechte mit nicht konnexen Gegenforderungen, vieler Rückforderungsansprüche des Ehegatten und naher Verwandter und Verschwägerter des Gemeinschuldners fallen ebenso in die Konkursmasse, wie alle Leistungen des Gemeinschuldners, die während der letzten vierzehn Tage vor der Konkurseröffnung zur Gläubigerbefriedigung geschehen; dasselbe gilt für das Entgelt für rückforderbare, aber schon aus der Konkursmasse veräußerte Objekte. Das Konkursvermögen vermehrt sich gegenüber dem jetzigen Zustande weiter um jene Bestandteile, welche infolge einer rechtzeitigen statt der jetzt üblichen verspäteten Konkurseröffnung sich noch in Händen des Schuldners in dem nach § 2 K. O. entscheidenden Zeitpunkte[1]) der Konkurseröffnung (der Mitternachtsstunde vor dem Tage des Anschlages des Konkursediktes an der Gerichtstafel) befinden; auch das sind nicht unerhebliche Werte, unter denen die Kosten zurückgenommener Eröffnungsanträge keine geringe Rolle spielen.

---

[1]) Bei dieser Norm soll es bleiben; Frankl, S. 57, hat ihre Zweckmäßigkeit überzeugend nachgewiesen.



Natürlicherweise ist durch keinen dieser Behelfe der Gemeinschuldner bemittelter worden, als er es war. Wohl aber ist es die Konkursmasse geworden. Das Maß dieser Vermehrung kann freilich nicht ziffermäßig erfaßt werden, da die Statistik[1]) hierüber keinen Aufschluß gibt. Auch werden die dem Konkursvermögen neu erschlossenen Quellen in den einzelnen Konkursen in sehr verschiedener Stärke fließen, bald kaum sichtbare Zuflüsse bringen, bald die Aktiven verdrei- und vervierfachen. Endlich darf gewiß nicht unbeachtet bleiben, daß ein Teil dieser Aktiven in Zukunft dadurch konsumiert wird, daß die bisher bevorzugten Gläubiger nunmehr als Konkursgläubiger ihre Quote in Anspruch nehmen werden.

Dennoch wird kein erfahrener Praktiker daran zweifeln, daß nicht nur eine gleichmäßigere Verteilung der Aktiven unter die Gläubiger, sondern auch eine sehr erhebliche Quotenerhöhung die Folge der Durchführung der Vorschläge dieses Gutachtens sein wird[2]). Man billige sie vom Standpunkte der ethischen und wirtschaftlichen Gerechtigkeit und es wird am schätzenswerten, pekuniären Erfolge für die Konkursgläubiger nicht fehlen.

Freilich werden einzelnen Gläubigern Vorteile genommen, die sie bis jetzt gesetzlicher- oder ungesetzlicherweise genossen. Allein diese Vorteile sind nachgewiesenermaßen ohne sachliche Berechtigung und müssen dem allgemeinen Interesse weichen. Es wird sich übrigens auch, so hoffe ich, in einer nicht gar zu langen Frist herausstellen, daß dieses allgemeine Interesse auch die scheinbar geschädigten Einzelinteressen deckt; ist doch der Begünstigte des einen Konkurses jetzt gar oft der Benachteiligte im anderen.

Die Mittel zur Erhöhung der Quoten sind jedoch mit den genannten noch nicht erschöpft. Vielmehr kommt hier

---

[1]) Vgl. v. Pitreich, Die Konkursgesetzgebung im Lichte der Konkursstatistik, S. 8 ff.

[2]) Als ein wünschenswerter Nebenerfolg wird eine Verminderung der außergerichtlichen Ausgleiche und eine Erhöhung der in ihnen gebotenen Quoten eintreten.

neben den bisher vorgeschlagenen Änderungen des materiellen Konkursrechtes noch die Verbesserung des Konkursverfahrens in Frage, die eine günstigere Verwertung der Aktiven, somit eine Erhöhung des erzielten Ertrages zu bewirken hat.

2. Es handelt sich dabei vornehmlich um die Konkursverwaltung, das Wort in einem weiteren als dem üblichen Sinne genommen; sie umfaßt in jenem Sinne die Ermittlung und Feststellung der Aktiven und Passiven, die Versilberung und Verteilung der Aktiven.

Derzeit ist diese Verwaltung bekanntlich nach folgenden Grundsätzen geregelt: Der Konkurskommissär hat prinzipiell nur die Leitung des Verfahrens. Der Gemeinschuldner ist von jeder Teilnahme an der Verwaltung grundsätzlich ausgeschlossen, wenn auch der § 3 (Zahlungen an ihn), der seiner ratio nach rätselhafte § 146 (Forderungsrealisierung) und die §§ 156, 207 K. O. (Vergleichs- und Zwangsausgleichsantrag) diesen Grundsatz durchbrechen und wenn es auch dem Gemeinschuldner freisteht, durch seinen Widerspruch bei der Liquidierungstagfahrt und nach der herrschenden Rechtsanschauung[1]) sogar durch sein Fernbleiben von derselben den Liquidierungserklärungen des Konkursmasseverwalters ihre Bedeutung für die Zeit nach der Konkursaufhebung zu benehmen. Mit der Ermittlung der Aktiven, Feststellung der Aktiven und Passiven und mit der Aktivenverteilung ist der Konkursmasseverwalter im wesentlichen unter eigener Verantwortlichkeit (wenn auch oft durch den Gläubigerausschuß bestimmt) betraut, mit der Versilberung der Aktiven nur als das ausführende Organ des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung, zu denen er in dieser Beziehung ähnlich steht, wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft zu ihrer Generalversammlung. Dabei hängt die Besetzung des Postens des Masseverwalters in erheblichem[2])

[1]) Judik.-B. Nr. 160.

[2]) Frankl, S. 30; Alfred Pollak in Jur.-Bl. 1893, Nr. 52; vgl. auch Beißer in Ger.-Z. 1893, Nr. 45; Benedikt, Zur Reform der K. O. (1887), S. 25 f.

Maße von den Beschlüssen der Gläubigerversammlungen ab (§§ 74, 143 K. O.), die Wahl der Gläubigerausschüsse ganz von diesen (§ 84 K. O.), so daß die **Gläubigerautonomie** nicht nur direkt das Versilberungsverfahren, sondern auch indirekt die anderen Verwaltungszweige des Konkurses beherrscht; nur bis zur Wahltagfahrt, also für den sehr kurzen ersten Zeitraum des Konkurses, besteht sie nicht. Die Gläubigerversammlungen sollen sich aus den konkurrierenden Konkursgläubigern zusammensetzen, bestehen aber zum Teil nur aus Prätendenten und sind stets (mit Ausnahme der hier nicht interessierenden im Vergleichs- und Zwangsausgleichsverfahren) beschlußfähig, wenn auch nur ein stimmberechtigter Gläubiger erscheint[1]).

Durch diese Rechtsordnung ist der **Konkurskommissär** so gut wie kaltgestellt. Er muß z. B. fahrlässige Liquidierungserklärungen des Konkursmasseverwalters ebenso vor sich gehen lassen, als unzweckmäßige oder parteiische Beschlüsse des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung. Alles was ihm zu tun bleibt, ist, das Verfahren zu leiten, die formell korrekte Erledigung der Geschäfte zu überwachen, ungewandten Konkursverwaltern an die Hand zu gehen und die Rechte des § 147 K. O. auszuüben. Hie und da gewinnt freilich der eine oder andere Konkurskommissär einen Einfluß auf die Geschäftsführung: dann nämlich, wenn er durch seine Persönlichkeit und seine Rechtskenntnis den Masseverwaltern und Gläubigerausschüssen imponiert; aber dieser Zustand entspricht kaum mehr dem Gesetze.

Noch schlimmer ist der **Gemeinschuldner** daran. Er ist zwar auskunftspflichtig und hat neben den selbstverständlichen Rechten der §§ 3, 156, 207 K. O. und seinen, die Konkursverhandlung nicht berührenden Rechten bei den Liqui-

---

[1]) A. M. Albert **Ehrenzweig**, Die Feststellung der Ansprüche des Masseverwalters (Jur. Vtljsch., Bd. XXXIII, S. 1 ff.), der die Anwesenheit von drei Stimmberechtigten verlangt, da man sonst nicht mit § 74 K. O. von einer „Stimmenmehrheit" reden könne; ich glaube nicht, daß dieses Argument seine Meinung trägt.

mußten zufrieden sein, als es ihrem Zureden gelang, wenigstens eine Befristung dieses Realisierungsverbotes durchzusetzen. Die Macht des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung geht aber noch weit über das Realisierungsgeschäft hinaus, schon weil sie beide einen sehr bestimmenden Einfluß auf die Honoraransprüche des Masseverwalters haben (§ 161 K. O.), weil überdies der Gläubigerausschuß über alle wichtigeren Verwaltungshandlungen von seinem Tätigkeitsbeginn an Beschlüsse zu fassen hat (§ 140 K. O.) und weil schließlich die Gläubigerversammlung einen sehr eingreifenden Einfluß auf die Amtsdauer des Verwalters hat (§§ 74, 143 K. O.), von dem sie auch nicht selten bei den Wahltagfahrten in der Richtung Gebrauch macht, daß sie an Stelle eines Advokaten einen Laien wählt.

Alle wirkliche Macht ruht somit bei den **Gläubigerausschüssen und Gläubigerversammlungen**. Auf ihnen beruht die Möglichkeit einer ordnungsgemäßen Konkursabwicklung.

Was zu geschehen hat, wenn diese Organe nicht gebildet werden, oder wenn die Gläubigerversammlung nicht funktioniert, das sagt das Gesetz nicht[1]; es behandelt beide Organe (abweichend von manchen anderen Gesetzgebungen[2]) auch den Gläubigerausschuß) als essentielle und nimmt kurzweg an, sie würden stets gebildet werden und fungieren. Die Erfahrung hat leider bewiesen, daß das ein Irrtum war und daß hier eine empfindliche Gesetzeslücke besteht. Bedauerlich ist auch, daß die Machtkreise der Versammlung und des Ausschusses nicht deutlich genug geschieden sind; so war im Sommer 1908 eine Gläubigerversammlung zur Beschlußfassung über die Veräußerung des Handelsunternehmens an

---

[1]) Das macht in der Praxis viele Schwierigkeiten; **Oliva** in G. H. 1877, Nr. 37; **Thorsch** in G. H., Nr. 47; **Sommer** in G. H. 1877, Nr. 50; **Frankl**, S. 34; **R. Pollak**, Konkursr., S. 150, 237; Gl.-U. Nr. 10.566.

[2]) Vgl. § 87 dtsch. K. O.; Art. 237 des schweiz. Ges. v. 11. April 1889; Art. 9, 20 des franz. Ges. v. 4. März 1889.

einen bestimmten Käufer schon einberufen, als der Ausschuß beschloß, alle körperlichen beweglichen Sachen des Unternehmens in Pausch und Bogen an einen anderen zu verkaufen.

Weitaus am schlimmsten und viel bedenklicher als diese Übelstände ist aber, daß die Konkursordnung für die Unparteilichkeit dieser zwei Organe in keiner Weise sorgt. Vor allem gibt sie auch den Realgläubigern (mit Ausnahme des Zwangsausgleichsverfahrens, § 209 K. O.) dasselbe Stimmrecht wie den Konkursgläubigern, also auch anders als § 96 dtsch. K. O. für den durch das Pfand- oder Retentionsobjekt gesicherten Teil ihrer Ansprüche; es kommt darum nicht selten vor, daß die Stimmen von Hypothekenbanken ausschlaggebend werden, obwohl ihnen jedes Interesse an einer richtigen Art der Konkursabwicklung fehlt. Dann stellt das Gesetz hinsichtlich des Stimmrechtes des Schuldners Ehegatten, Verwandte und Verschwägerte den anderen Konkursgläubigern gleich, obwohl alle Erfahrung dagegen spricht, daß jene die gemeinsamen Gläubigerinteressen unparteiisch wahren. Ferner sorgt es nicht dafür, daß bei den Gläubigerversammlungen der Wille auch nur der Mehrheit der konkurrierenden Gläubiger zum Ausdruck komme, sondern begnügt sich, freilich in Übereinstimmung mit § 97 dtsch. K. O.[1]) mit der Beachtung der Stimmen der Erschienenen[2]). Endlich überträgt die K. O. die erste entscheidende Wahl des Gläubigerausschusses nicht den Konkursgläubigern, sondern Forderungsprätendenten (§ 74 K. O.), von denen dazu noch zwar das Gesetz, nicht aber die Praxis[3]) auch nur eine Bescheinigung ihrer Ansprüche fordert. Die Folge dieser Rechtsordnung ist die durch eine vielfältige Erfahrung bestätigte Tatsache, daß in vielen Konkursen ein Zerrbild der Gläubigerautonomie entsteht, indem oft kleine Cliquen wirklicher oder präsumtiver Gläubiger das Verfahren völlig beherrschen

[1]) Dessen Bedeutung ist freilich durch § 96 dtsch. K. O. vermindert; über diesen s. Hellmann, K. O., S. 401.

[2]) Ausnahme: Vergleich und Zwangsausgleich.

[3]) Frankl, S. 20.

und ihre Macht zu eigennützigen Zwecken oder zum ungehörigen Vorteile des Gemeinschuldners mißbrauchen[1]).

Es bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung dafür, daß dieses System in Österreich keine Gewähr für die Wahrung der Gläubigergleichheit, für die angemessene Konkursverwaltung namentlich aber keine für die richtige Verwertung der Aktiven bietet. Alle Erfahrung ist dagegen. Es besteht auch, wie diese vierzigjährige Erfahrung lehrt, keine Aussicht dafür, daß seine Nachteile in Zukunft bei uns durch eine regere Beteiligung der Konkursgläubiger an der Verwaltung wenigstens gemildert würden, geschweige denn, daß man darauf rechnen dürfte, daß die Gläubiger in Hinkunft unter den nach diesem Gutachten verbesserten Verhältnissen bei der Konkursverwaltung ihre Sonderinteressen den gemeinsamen hintansetzen würden. Der größte Teil der Gläubiger besteht ja aus Geschäftsleuten und diese haben (man muß das beinahe begreiflich finden) wenig Lust, auf halb oder ganz verlorene Außenstände noch Arbeit, dazu noch solche im öffentlichen Interesse zu verwenden. Über die Nachteile dieser Situation darf man sich auch nicht zu Lasten Untätiger mit dem Satze beruhigen: iura vigilantibus scripta sunt; denn es handelt sich im Konkurse, namentlich wenn man die Betrachtung nicht auf den einzelnen Fall beschränkt, um sehr wichtige öffentliche Interessen der geschäftlichen Moral und der Volkswirtschaft.

So muß denn das System fallen; es ist auf dem Gedanken der Beachtung der Interessen der Gläubigergesamtheit aufgebaut und wahrt sie nicht.

Der Fall dieses Systems bedeutet freilich nicht, daß man im Konkurse auf die wertvolle Mitwirkung der sachkundigen und am Ergebnisse des Verfahrens interessierten Konkursgläubiger verzichten solle. Aber es wird sich in Öster-

[1]) Vgl. die Protokolle des Delegiertentages der österr. Advokatenkammern 1894, S. 42 ff. (in denen über seltsame Blüten der Gläubigerautonomie berichtet ist); Benedikt a. a. O.; Frankl, S. 21. Das Zwangsausgleichsverfahren bleibt hier außer Betracht.



reich dieselbe Wandlung vollziehen müssen, die England[1]) wegen ähnlicher Erfahrungen bereits gemacht hat: die Gläubigerautonomie bedarf einer erheblichen Einschränkung, der Charakter des Konkursverfahrens als einer Rechtsverfolgung einer schärferen Ausprägung.

3. Man darf erwarten, daß der Versuch einer Einschränkung der Gläubigerautonomie zugunsten der Macht des Konkurskommissärs und des Masseverwalters Opposition hervorrufen wird. Es werden sich möglicherweise kaufmännische Korporationen dagegen wehren und es mit mehr oder weniger Erfolg versuchen, weite Kreise für eine Einrichtung des Konkursverfahrens zu gewinnen, die sich einer Art der heutigen außergerichtlichen Ausgleiche nähert. Die Art, an die ich denke, besteht darin, daß auf die Zahlungseinstellung des Schuldners hin ein Gläubigerkomitee oder ein kaufmännischer Verein, der sich mit der Wahrung von Gläubigerrechten statutenmäßig befaßt, das Geschäft des Schuldners zu führen übernimmt, eine Bilanz für ihn aufstellt und danach einen Ausgleichsvertrag mit diesem abschließt, dem dann alle Gläubiger unterliegen sollen, die dem Verein angehören oder die dem Komitee Vollmacht gegeben haben. Sollte es wirklich zu Vorschlägen in dieser Richtung kommen, so fände danach statt einer Einschränkung eine Erweiterung der Gläubigerautonomie statt.

Man braucht nicht bis zum italienischen Statutarrecht zurückzugehen, um an solche Vorschläge zu denken. Auch ihre Begründung kann man schon hören: Es liege wohl sehr im Interesse der Gläubiger und des Schuldners, sich mit einer solchen Auseinandersetzung zu begnügen, die individualisiert[2]) (z. B. kleine Gläubiger begünstigt), dabei aber doch die Vermögensverhältnisse des Insolventen nur summarisch, nicht nach strengem Rechte, sondern nach kaufmännischen Gesichtspunkten

---

[1]) Vgl. den Bericht bei Alexander, Konkursges., S. 100.

[2]) Vgl. hierzu v. Schullern a. a. O., S. 439 ff., 465 ff. und zu dem ganzen Problem dieses Punktes 3 Kohler, Lehrb. d. Konkursr., S. 15 bis 65.

und darum mit einem geringen Kostenaufwand ermittelt und die für die Verwertung der Aktiven wie ein Kaufmann und nicht wie ein Bureaukrat sorgt; es sei dem Kaufmann doch mehr darum zu tun, schnell und billig zu seiner ungefähr richtigen Quote zu kommen, als nach längerer Zeit und nach einem kostspieligen Verfahren zu einer genau und juristisch richtig bemessenen; auch würden die Quoten bei einer kaufmännischen Abwicklung höher ausfallen als bei einer juristisch korrekten.

Wer dürfte leugnen, daß Stimmen der Kaufleute mit großer Aufmerksamkeit angehört werden müssen? Der Handelsstand ist ja nicht nur ein sehr wichtiger Bestandteil des Wirtschaftslebens im Staate, sondern stellt auch den größten Teil der Konkursgläubiger; seine Interessen sind darum bei der Konkursreform mit einer besonderen Sorgfalt zu berücksichtigen. Dennoch müßte jeder Versuch einer Erweiterung der Gläubigerautonomie auf das Ernsteste abgelehnt werden; er läge ebensowenig im Interesse der Handelsleute als in jenem der Allgemeinheit.

Es ist allerdings an und für sich gewiß möglich, eine Rechtsverfolgung ebensowohl Laien als Juristen anzuvertrauen; ist ja z. B. der Zivilprozeß oft von Volksrichtern, oft von Juristen besorgt worden. Aber die historische Entwicklung mehr als eines Jahrtausends auf dem europäischen Festlande, darunter eine vielhundertjährige Entwicklung des Konkursrechtes in Deutschland lehrt doch, daß der Laie, der Vertrauensmann der Beteiligten, ihr Standesgenosse sich dem Juristen, dem Beamten gegenüber so gut wie nirgends halten konnte. Am wenigsten aber könnten wir jetzt in unserer Zeit argen Streites der Völker, politischer Parteien und Konfessionen und mit unserer notwendigerweise komplizierten Rechtsordnung die Rechtsverfolgung durch andere Organe vertrauenswürdig, sicher und sachgemäß führen lassen, als durch einen nicht nur von der Regierung, sondern auch von allen Ständen des Publikums unabhängigen und darum über allen stehenden Richterstand, der überdies durch seine Rechtskenntnisse vor

Willkürlichkeiten erheblich mehr geschützt ist, als der Laie, dem das unbekannte Gesetz niemals Schwierigkeiten bereitet. Wenn wir im Konkursverfahren einen Teil dieser Richtergewalt auf einen Privatmann, den Masseverwalter, übertragen haben und es wohl auch mußten (da Gerichte zwar verläßlich, aber nicht praktisch verwalten), so ist das ohnedies fast ein Abweichen von den Erfahrungen der Rechtsgeschichte und läßt sich nur dadurch rechtfertigen, daß zum Masseverwalter ein Rechtskundiger und ein von Gläubigern und Schuldnern Unabhängiger bestellt wird, den wir dazu noch unter die strenge Aufsicht des Richters stellen. Aber die Gläubiger, die Interessenten dürfen diese Rechtsverfolgung kompliziertester Art nicht in der Hand behalten oder gar noch mehr als jetzt in die Hände bekommen; das hieße zur Selbsthilfe zurückkehren, also zur schlechtesten Art der Rechtsverfolgung.

Welche Gewähr sollte übrigens dafür geboten werden, daß diese weitergehende Gläubigerherrschaft sich in Zukunft besser bewähren würde als es nachgewiesenermaßen die Gläubigerautonomie getan hat, welche jetzt die österr. K. O. weit über das Maß nicht nur von England, sondern auch über jenes von Deutschland, Ungarn und Bosnien[1]) den Konkursgläubigern gewährt? Wenn schon die ganze geschichtliche Entwicklung gegen die Bejahung dieser Frage spricht, so müßte man doch sehr ernste und vertrauenerweckende Gründe dafür hören, daß diesmal das Gesetz der historischen Kontinuität nicht gelten, sondern daß die Rechtsentwicklung zugunsten der Laiengerichtsbarkeit im Konkursverfahren eine Ausnahme von ihrem sonstigen Laufe machen werde. Ohne solche überzeugende Gründe laufen wir doch Gefahr, einen sicheren kulturellen Rückschritt zu machen und im Konkurse die Rechtssicherheit zu gefährden oder preiszugeben, ohne dafür Entsprechendes einzutauschen.

Solche Gründe höre ich aber nicht aussprechen und vermag ich nicht zu finden. Der Hinweis auf die Billigkeit des Verfahrens ist kein solcher; nur wenn die billige Ware gut ist,

---

[1]) § 97 dtsch. K. O.; § 107 ung. K. O.; § 74 bosn. K. O.

dann ist sie wirklich billig. Auch die Bezugnahme auf die Laiengerichte ergibt keinen Grund; wo sie nicht wie in Deutschland reine Notstandsgerichte sind, stehen diese Laiengerichte entweder, wie die österreichischen Gewerbegerichte, ohnedies unter der festen Leitung eines Richters oder sie bedürfen selbst der Rechtfertigung. Und der Hinweis auf die guten Ergebnisse der außergerichtlichen Ausgleiche zerfällt in nichts, wenn man weiß, wie diese bald durch Gläubigerkartelle dem Schuldner und den Outsiders unter den Gläubigern aufgezwungen, bald durch gewissenlose Ausgleicher zustande gebracht werden — wobei nicht übersehen werden darf, daß jetzt in Österreich ihr Abschluß durch das Vorhandensein eines unzureichenden Konkursverfahrens und durch die darauf beruhende Konkursscheu sehr erheblich unterstützt wird. Überdies wird der reformierte Konkurs mindestens ebenso hohe Quoten auf dem regulären Wege bieten, als jetzt die außergerichtlichen Ausgleiche auf ihre irreguläre Weise.

Ich glaube nicht, daß eine Verstärkung der Gläubigergewalt im Konkurse durch solche Erwägungen gestützt werden kann. Aber selbst wenn diese Gründe stärker wären, als sie es sind, so fehlt doch immer noch die Antwort auf die entscheidenden Fragen: wer leistet denn bei den jetzigen außergerichtlichen Ausgleichen für eine unparteiische Vermögensverwaltung und für eine angemessene Beteiligung auch nur der Mehrheit der Gläubiger Gewähr? Wer schützt vor Gewaltakten und groben Fahrlässigkeiten, wenn einmal die Gerichtsmacht im Konkurse, jetzt schon unzureichend, noch geschwächt wird? Schon jetzt beteiligen sich erfahrungsgemäß nur Gläubigercliquen an der Konkursverwaltung; welche Umstände berechtigen zur Erwartung, daß sich dies bei einer Verstärkung der Gläubigergewalt gründlich ändern werde?

Das Schlagwort der Gläubigerautonomie hat im österreichischen Konkursrechte schon Schaden genug getan; wir müssen uns hüten, ihm wieder zu verfallen oder gar, ihm noch mehr Konzessionen zu machen, als es bisher geschah.

4. Man muß also dabei bleiben, die Reform auf dem

Gedanken einer ernsten Einschränkung der Gläubigerautonomie aufzubauen. Hierfür sind die Grundlinien folgende:

Der Konkurskommissär soll nach wie vor der Regel nach auf die Verfahrensleitung beschränkt sein, mit der Verwaltung nichts zu tun haben. Aber bei wichtigeren Verwaltungshandlungen muß er befragt (S. 67) und es muß ihm auch das Recht eingeräumt werden, auf Antrag eines Konkursgläubigers, des Verwalters oder des Gemeinschuldners die Ausführung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses zu untersagen, „wenn der Beschluß dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht" (vgl. § 99 dtsch. K. O.). Die Rechtsmittel gegen diese Beschlüsse des Konkurskommissärs dürfen keine aufschiebende Wirkung haben. Endlich ist die Honorarfestsetzung des Masseverwalters in erster Instanz in seine Hand zu legen.

Dem Gemeinschuldner ist zwar das Recht des § 146 K. O. (betreffend die Forderungsveräußerung) zu nehmen, dafür aber bei allen wichtigen Verwaltungshandlungen einschließlich des Liquidierungsverfahrens und der Honorarfestsetzung eine beratende Stimme einzuräumen; es wird nötig, aber auch leicht sein, dafür zu sorgen, daß das Verfahren hierdurch keine Verzögerung durch einen schikanösen Schuldner erfahre. Der Vorschlag ist durch das Interesse des Gemeinschuldners an einer zweckmäßigen Konkursabwicklung hinreichend gerechtfertigt. Der Schuldner braucht diese beratende Stimme auch im Liqidierungsverfahren, da sein jetziges (beizubehaltendes) Widerspruchsrecht für den Konkurs ohne Bedeutung ist, und da der Masseverwalter nach dem geltenden Rechte zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, den Gemeinschuldner über den Bestand der angemeldeten Forderungen zu befragen.

Die Stellung des Konkursmasseverwalters bedarf einer durchgreifenden Veränderung. Der Satz des § 144, Abs. 2 K. O.: „Die Gläubigerschaft kann zum Behufe (des Verwaltungs- und Realisierungsgeschäftes) dem Masseverwalter und dem Ausschusse besondere Verwaltungsnormen vor-

schreiben", muß ebenso verschwinden wie das im § 144, Abs. 1 K. O. normierte Recht der Gläubigerschaft, von der allgemeinen Liquidierungstagfahrt an „das Verwaltungs- und Liquidierungsgeschäft selbständig" zu führen. Desgleichen muß § 141 K. O. verschwinden, der dem Masseverwalter (auch für die Zeit vor der Liquidierungstagfahrt) aufträgt, die Beschlüsse des Gläubigerausschusses „sofort zur Ausführung zu bringen"; in Verbindung mit § 140, Abs. 1 K. O., unterbindet er jetzt jede selbständige Tätigkeit des Verwalters. An die Stelle dieser Vorschriften hat der Satz zu treten: „Der Masseverwalter ist befugt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, welche zur Durchführung des Konkurses erforderlich sind. Zu Maßregeln von besonderer Wichtigkeit bedarf er jedoch der Zustimmung des Konkurskommissärs; vor Erteilung derselben ist, wenn tunlich, der Rat des Gläubigerausschusses und des Gemeinschuldners zu hören. Der Zustimmung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung bedarf der Masseverwalter nur in den im Gesetze aufgezählten Fällen." Bei der Aufzählung dieser Fälle können dann unter anderem die §§ 139, 146, 147 a bis c, 148, 168, Abs. 2 K. O., zur Grundlage dienen.

Durch eine solche Regelung wird zweckmäßigerweise die Stellung des Masseverwalters jener eines Zwangsverwalters, jene des Konkurskommissärs der des Exekutionsgerichtes angenähert, für eine unbefangene, straffe Verwaltung gesorgt, die doch des Beirates der Geschäftskundigen nicht entbehrt.

Mehr als bisher kommt es dann freilich auf die richtige Personenauswahl an.

Das jetzige weitgehende Vorschlagsrecht der Gläubigerprätendenten bei der Wahltagfahrt (§ 74 K. O.) muß darum ebenso entfallen, als das ohnehin beinahe obsolet gewordene Wahlrecht der Konkursgläubiger nach der allgemeinen Liquidierungstagfahrt; denn sie geben erfahrungsgemäß keine Gewähr für die Fähigkeit des Masseverwalters und noch weniger eine solche für seine Unparteilichkeit. Die Berechtigung eines Gläubigerinteresses an der richtigen Auswahl der Kon-

kursverwalter ist zwar nicht in Abrede zu stellen. Aber ihm kann besser als durch eine Clique von Gläubigerprätendenten durch zwei andere Mittel Rechnung getragen werden. Das erste ist die Einräumung des Rekursrechtes an jeden Konkursgläubiger gegen die Bestellung einer bestimmten Person zum Verwalter. Das zweite ist die Bindung der Gerichte dahin, daß sie nur Advokaten und subsidiär Notare zu Masseverwaltern bestellen. Denn nur Rechtskundige sollen hierzu berufen werden (S. 63) und die Personen dieser Stände sind auch erfahrungsgemäß (nach Ausscheidung der Disqualifizierten) der Regel nach durch ihre Rechtskenntnisse, durch ihre Unterstellung unter Standesgerichte und durch ihre Gewandtheit in der Vertretung von Privatinteressen weit besser zu Masseverwaltern geeignet als jene Laien, die man (nach den gewonnenen Erfahrungen) in Österreich[1]) für dieses Amt gewinnen kann, und die sich nicht nur durch die Versuche der Arbeitsüberwälzung auf das Gericht, sondern allzu oft auch durch ihre Parteilichkeit und arge Rechtsunkenntnis ebensosehr auszeichnen als durch ihre Auffassung des Amtes des Masseverwalters als eines „Geschäftes“[2]).

Ist auf diese Weise für die gute Auswahl des wichtigsten Konkursorganes gesorgt, so muß dieses nun noch in der Honorarfrage[3]) von den Gläubigerorganen unabhängig gestellt werden, damit es nicht aus der naheliegenden Sorge für seine angemessene Entlohnung heraus zur Konnivenz gegenüber den Sonderwünschen der wenigen tätigen Gläubiger neige und dabei die allgemeinen Interessen der Konkurs-

---

[1]) Hierüber wie über diese ganze Frage verweise ich auf meinen Aufsatz „Laien als Masseverwalter“ in Leipz. Ztschr. II, Nr. 9; a. M. v. Schullern und Frankl.

[2]) Ob die Bestellung der Advokaten nach einem Turnus vor sich gehen solle, ist keine Konkursreform-, sondern eine Standesfrage; über sie s. R. Pollak in Grünhuts Ztschr. XXIV, S. 335 ff., woselbst die Literatur.

[3]) Vgl. hierzu v. Pitreich S. 13 ff.; Albert Ehrenzweig in Jur. Vtljsch. XXXIII, S. 1 ff.; Frankl, Zur Feststellung der Entlohnung des Masseverwalters (Jur. Vtljsch. XXXIII, S. 147 ff.).

gläubiger, sowie jene des Gemeinschuldners hintansetze (s. S. 58 f.); solche Dinge, z. B. der Verkauf des Warenlagers unter dem Schätzwert an ein Mitglied des Gläubigerausschusses haben sich gutem Vernehmen nach schon ereignet. Die Honorarfestsetzung ist darum auf Grund eines Gutachtens des Gläubigerausschusses dem Konkurskommissär zu übertragen. Die Einführung von Honorartarifen[1]) hierbei wäre zwar für die Gerichte recht bequem, kann aber doch nicht sehr empfohlen werden. Denn die Tarifierung an sich verschieden wertvoller Leistungen kann nur dort am Platze sein, wo es ihrer viele gibt und wo auch der Einzelne mehrere solcher Leistungen zu setzen in die Lage kommen kann; da ist dann eine Durchschnittsbewertung am Platze, bei der ja die schweren Leistungen zwar unter-, die leichten jedoch überzahlt werden. Aber die übrigens nicht zahlreichen und durchaus nicht schablonenhaften Konkursverwaltungen sind für den Einzelnen viel zu selten für eine Tarifierung. Es wird übrigens in Zukunft kein Grund mehr für diese Maßregel bestehen, da die österreichischen Gerichte mutmaßlich überflüssige Arbeiten der Masseverwalter energischer verhindern und die Honorare niederer festsetzen werden, als es jetzt die in dieser Frage oft gefälligen Ausschüsse und Gläubigerversammlungen tun.

Werden die Stellungen des Konkursverwalters und des Konkurskommissärs in der skizzierten Art verstärkt, so ergibt sich die Einschränkung der Gläubigerautonomie, der Machtfülle der Gläubigerausschüsse und Gläubigerversammlungen von selbst. Das wird nach der Art, wie bisher jene besetzt und diese besucht wurden, den Interessen der Gläubigergesamtheit dienlich sein. Immerhin bleibt diesen Gläubigerorganen durch ihre entscheidende Stimme bei gewissen sehr wichtigen Verwaltungshandlungen und durch die beratende bei allen wichtigen ein starker Einfluß auf die Konkursverwaltung gewahrt, wie er ihren Interessen und der Bedeutung ihrer

[1]) Dafür v. Pitreich S. 16 ff.; Schwarz, Konkursr. I, S. 194; Frankl, Revision, S. 41; Makower a. a. O., S. 470. Vgl. auch Albert Ehrenzweig a. a. O.



Geschäftskenntnisse entspricht. Auf diesen Einfluß soll eine einsichtige Gesetzgebung nicht verzichten. Um so mehr muß sie dafür sorgen, daß er nur von Befugten ausgeübt werde. Die seltsame Vorschrift, daß Gläubigerprätendenten den ersten entscheidenden Gläubigerausschuß wählen (§ 74 K. O.) — Österreich steht m. W. mit ihr allein — muß darum entfallen; die Bestellung dieses Gläubigerausschusses bis zur Liquidierungstagfahrt hat, ähnlich dem § 87 dtsch. K. O., auf den Konkurskommissär (nicht auf das Konkursgericht)[1]) überzugehen, wobei es dahingestellt bleiben mag, ob man juristische Personen zu Ausschüssen wählen lassen, den Ausschuß als ein obligatorisches Organ beibehalten oder zu einem fakultativen machen will[2]), und wie lange dieser erste Ausschuß zu dienen hat. Stimmrecht und Wahlrecht in Ausschüssen und Gläubigerversammlungen sind dem Ehegatten, nahen Verwandten und Verschwägerten ganz, den Realgläubigern nach Maß ihrer Deckung, endlich in concreto jenen zu entziehen, gegen deren Ansprüche ein zur Beschlußfassung gestellter Antrag gerichtet ist. Eine Regulierung bedarf auch das Stimmrecht von Solidargläubigern, Bürgen und sonstigen Regreßverpflichteten, sowie von Konkursgläubigern, welche Rentenansprüche[3]) zu stellen haben. Ferner muß für alle wichtigeren Fälle durch die Festsetzung einer Minimalanzahl abgegebener Stimmen zur Beschlußfähigkeit und durch die Einführung schriftlicher Abstimmungen auf Fragebogen des Gerichtes dafür gesorgt werden, daß die Beteiligung bei Abstimmungen reger als jetzt werde. Schließlich bedarf es der Regeln für den Fall, daß diese Gläubigerorgane nicht gebildet werden oder nicht fungieren[4]).

Ich kann nicht behaupten, daß sich die Ergebnisse des einzelnen Konkurses in einer ziffermäßig nachweisbaren

---

[1]) In Deutschland fällt das nach § 71 dtsch. K. O. zusammen.

[2]) Hierüber s. Frankl, Revision, S. 33.

[3]) Jüngsthin majorisierte ein keineswegs junger Rentenbezugsberechtigter die Gläubigerversammlung, da sein Stimmrecht nach der Höhe des erforderlichen Bedeckungskapitales zu bemessen war.

[4]) Vgl. Wilmowsky, S. 315, 380 und oben S. 59, Anm. 1.

Menge gegenüber den jetzigen erhöhen werden, wenn die vorgeschlagenen Änderungen in der Konkursverwaltung Gesetz werden; ein solcher Nachweis scheitert an der Unmöglichkeit, denselben Konkurs nach dem reformierten und nach dem nicht reformierten Verfahren durchzuführen. Aber im ganzen, für alle Konkursverhandlungen muß sich als eine Folge der vorgeschlagenen Veränderungen die Quote für die Konkursgläubiger deshalb vermehren, weil das neue Verfahren sich straffer, unparteiischer und ruhiger, unabhängiger von Quertreibereien und Cliquen und mit besseren Organen versehen abwickeln wird als das bisherige. Neben der erheblichen Besserung der Wirtschaftsmoral wird sich also nach menschlichem Ermessen auch ein pekuniärer Erfolg einstellen.

5. Er wird sich erhöhen, wenn es gelingt durch Vereinfachungen des Verfahrens seine Kosten herabzumindern. Wird auch ihre Höhe oft übertrieben, so bleibt sie doch, wie die von v. Pitreich angeführten Ziffern ergeben, bedenklich genug. Es wird darum gewiß zweckmäßig sein, sie dadurch zu vermindern, daß man durch Verfahrensvereinfachungen den zu vergütenden Arbeitsaufwand herabsetzt. Daß solche Vereinfachungen möglich sind, ist wohl nicht zweifelhaft. So groß auch der Fortschritt war, den in diesen Richtungen die Konkursordnung vom 25. Dezember 1868 gegenüber jener vom 1. Mai 1781 bedeutete, so hat uns eben eine vierzigjährige Erfahrung belehrt, daß wir noch mehr Förmlichkeiten entbehren können, als man im Jahre 1868 annahm. Wir können mutiger sein, als es unsere Vorgänger waren und manche Schutzformen fallen lassen, die sie aus Gründen der Rechtssicherheit für nötig hielten.

Das gilt gleich von den Vorschriften über die Inventarerrichtung. Die juridische Bedeutung dieser Inventare steht tief unter jener der Pfändungsprotokolle und Nachlaßinventare, ist beinahe Null, da jenes lediglich im Verhältnis zwischen dem Gemeinschuldner, den Verwaltern und den Gläubigern zur „Richtschnur" (§ 263 B. G. B.) dafür dient, was zum Konkursvermögen gezogen wurde; ob es aber auch zu diesem

Vermögen gehört, das wird nicht durch das Inventar beantwortet (§ 92 K. O). Noch problematischer ist die Bedeutung der in der Regel mit der Inventarsaufnahme zu verbindenden Schätzung; über den Wert der Schätzungsgutachten vor Gericht braucht niemand ein Wort zu verlieren, der es einmal mitgemacht hat, dieselbe Realität aus Anlaß einer Belehnung einer Nachlaßabhandlung, einer Exekution[1]) und eines Konkurses abschätzen zu sehen. Dennoch wendet die Konkursordnung an diese Inventarerrichtung einen großen, umständlichen Apparat mit einem Gerichtskommissär, in der Regel mehreren Sachverständigen, wenn tunlich auch noch dem Masseverwalter. Dabei erfolgt die Inventaraufnahme mit einer Pedanterie und infolgedessen mit einem Zeit- und Kostenaufwand, die ganz außer Verhältnis zum Ergebnis und zu seiner Bedeutung stehen. Hier kann man mit ein wenig Mut zur Ungenauigkeit viel Arbeit und recht viele Massekosten ersparen: Die Inventarerrichtung überlasse man nach dem Muster der §§ 123, 124 dtsch. K. O. dem Masseverwalter unter Zuziehung eines Gerichtsschreibers[2]) oder selbst ohne einen solchen; es kommt ja nur darauf an, eine summarische Vermögensübersicht zu gewinnen. Die Schätzungen lasse man ganz fallen, wenn der Wert der betreffenden Objekte vor nicht allzu langer Zeit (vgl. § 142 E. O.) in unbedenklicher Form ermittelt worden ist, etwa durch Bilanzen[3]) oder Fakturen, Sparkasseschätzungen u. dgl. m.; ein verständiger Gläubigerausschuß wird im Realisierungsverfahren die Fehlergrenzen solcher Wertbemessungen schon zu ermitteln verstehen. Aber auch wenn keine solche Wertermittlungen vor dem Konkurse stattfanden, lasse man nicht mit der Inventaraufnahme eine Schätzung verbinden (vgl. § 275 E. O.), sondern schiebe diese auf, bis sich

[1]) Die E. O. hat hier abzuhelfen gesucht; s. R. Pollak, Zivilprozeßr., S. 801 f.

[2]) Art. 480 code de commerce verlangt die Zuziehung des juge de paix.

[3]) Dagegen trotz § 123 dtsch. K. O. Jaeger, S. 624. Weitherzig v. Wilmowsky, S. 359.

in concreto ihre Notwendigkeit herausstellt; oft, z. B. in dem Falle des § 155 K. O., wird sich diese Notwendigkeit gar nicht ergeben.

Nicht viel weniger Arbeit und Kosten können im Liquidierungsverfahren erspart werden. Mit Recht hat man[1]) zwar gesagt, es stelle einen sehr großen Fortschritt gegenüber dem vorhergehenden Konkursrechte dar. Es ist aber immer noch zu kompliziert. Wie vor ihm die §§ 171 ff. der preußischen K. O. v. 1855 und die Art. 493 ff. code de commerce normiert nämlich § 115 K. O. eine mündliche Liquidierungstagfahrt, um bei ihr „auf einem einfachen, zwanglosen und mehr vermittelnden[2]) Weg die angemeldeten Ansprüche zu untersuchen und womöglich ohne Prozeß festzustellen“[3]); der Gedanke ist so bestechend, daß ihn auch noch der § 141, Abs. 1, der dtsch. K. O. aufrechterhalten hat[4]). In Wahrheit aber hat wenigstens in Österreich das Rechtsleben diesem Gedanken des Gesetzgebers ein Ende gemacht. Von einer Besprechung, Erörterung der einzelnen angemeldeten Forderungen ist bei diesen Tagfahrten keine Rede; vielmehr findet bei ihnen lediglich die Eintragung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, nämlich der Liquidierungserklärungen[5]) des Masseverwalters und der etwaigen Widersprüche von Opponenten in die Anmeldungs- und in die Liquidierungstabelle statt. Diese gesunde[6]) Entwicklung des Rechtslebens soll man nun zu einer Fortbildung des Gesetzes benutzen: Die Liquidierungstagfahrten haben zu entfallen, ebenso die Liquidierungsprotokolle; der Masseverwalter hat die durch seine Liquidierungserklärungen ergänzte

---

[1]) Frankl, Revision, S. 102 ff.; Kaserer, Komm., S. 168.

[2]) Bedenklich bei einer Rechtsverfolgung.

[3]) Kaserer, S. 179.

[4]) Die Bestimmung wird verschieden ausgelegt, mehr nach ihrem Wortlaut v. Wilmowsky, S. 392 f., mehr nach der Rechtsentwicklung von Jaeger, S. 672 ff.

[5]) Ich notiere bei diesem Anlasse, daß man für die Zulässigkeit einer Wiederaufnahmsklage gegen bejahende Liquidierungserklärungen sorgen muß; sie ist ein Bedürfnis.

[6]) A. M. Frankl, Revision, S. 105.

Anmeldungstabelle dem Konkurskommissär vorzulegen, der dann den Interessenten innerhalb einer Notfrist Einsicht in sie und in Form von Anmerkungen die Erhebung von Widersprüchen gegen die einzelnen angemeldeten Posten[1]) zu gestatten hat. Damit sind die erheblichen Kosten der Liquidierungstagfahrten und der Liquidierungsprotokolle ohne jeden sachlichen Nachteil erspart.

Eine ähnliche Vereinfachung gestattet endlich das Verteilungsverfahren. Der Regel nach ist jetzt der vom Masseverwalter in zweifacher Ausfertigung vorgelegte Verteilungsentwurf für die konkurrierenden Konkursgläubiger zur Einsicht aufzulegen; sie dürfen dann gegen den Entwurf oder einzelne Posten desselben „Erinnerungen" machen, über die sodann eine mündliche Verhandlung unter Zuziehung der Erinnernden stattfindet; über deren Ergebnis ergeht hierauf erforderlichenfalls ein anfechtbarer Gerichtsbeschluß (§§ 176 ff. K. O.). Das ganze Verfahren ist mit einer übergroßen Ängstlichkeit geordnet, da die Abfassung des Verteilungsentwurfes im wesentlichen doch nur eine Rechenaufgabe an der Hand der Liquidierungstabelle ist. Der § 158 dtsch. K. O. hat deshalb mit Recht das kostspieligste Stück aus diesem Institute herausgebrochen, die mündliche Verhandlung über diese Erinnerungen (dort heißen sie Einwendungen) abgeschafft. Wir können weiter gehen und die originelle[2]) Einrichtung des § 172 K. O., die Verteilung ohne einen Verteilungsentwurf von der Ausnahme zur Regel erheben: Sie entbehrt ja der Sache nach des „Entwurfes" nicht, sondern nur der „Erinnerungen" und der mündlichen Verhandlung; beide aber können erspart werden, da die Gläubigerinteressen durch die Einräumung eines Rekursrechtes (allenfalls mit hemmender Wirkung) hinreichend[3]) gewahrt sind.

---

[1]) Die ohnedies bedenkliche Vorschrift des § 119, Abs. 2, K. O. über den Kreis der Widerspruchsberechtigten bedarf dann freilich einer Änderung.

[2]) S. Kaserer, Komm., S. 220 f.

[3]) A. M. Frankl, S. 113, der unter Umständen sogar einen Zivilprozeß über „Erinnerungen" für unerläßlich hält.

6. Fügen sich die vorgeschlagenen Vereinfachungen des Verfahrens ohne weiteres in den Rahmen jener Vorschläge ein, welche eine Erhöhung der Konkursquoten bezwecken, so kann leider kaum ebenso viel von Reformen des Realisierungsverfahrens erwartet werden.

Nötig sind freilich auch sie. Zunächst deshalb, damit die Normen in Übereinstimmung mit der neuen Aufteilung der Funktionen unter die Konkursorgane gebracht werden. Dann muß der ohnedies praktisch schon jetzt wenig bedeutsame[1]) § 142, Abs. 1, K. O. über das Realisierungsverbot vor der allgemeinen Liquidierungstagfahrt entfallen: Er hat mit dem Falle der Gläubigerautonomie seine Berechtigung verloren. Ferner ist gegenüber § 142, Abs. 2, K. O. die Fortführung des Geschäftes des Gemeinschuldners zu erleichtern[2]), die Vorschrift des § 146 K. O. über die Verwertung der Forderungen aufzuheben (s. oben S. 58), und jene des § 145 K. O. über die Veräußerungen von Objekten aus dem Konkursvermögen mit Umgangnahme von den Vorschriften der Exekutionsordnung so zu formulieren, daß man genau wisse, welche Geschäftsformen zur Verfügung stehen und von welchen Vorschriften als Zwangsnormen nicht abgewichen werden darf[3]).

Ich stelle nicht in Abrede, daß diese gebotenen Reformen eine Hebung der Konkurserträgnisse bewirken werden. Haben sich doch als eine Folge der durch die E. O. eingeführten Reformen auch die Ergebnisse der Exekutionen gehoben. Aber besonders große Erwartungen habe ich in dieser Frage nicht; denn hier scheint mir der Punkt zu liegen, bei dem eine Konkursreform deshalb nur geringe Erfolge erzielen kann, weil an ihm die Macht des Gesetzes stets scheitert: Die Wirtschaft des Schuldners ist eben verfallen; das kann das Gesetz ebenso wenig ändern, als es verhindern kann, daß sich daran un-

---

[1]) R. Pollak, Konkursr., S. 325 ff. und oben S. 58.

[2]) v. Schullern a. a. O., I, S. 428 ff.; Makower in Z. Z. P., XX, S. 457; bedenklicher Frankl, S. 37.

[3]) Ob hierzu das geringste Gebot gehören soll, das bedarf einer ernsten Erwägung; s. Schauer in Ger. Z. 1899, S. 107.

günstige Meinungen der präsumtiven Käufer über die Qualität der Güter und über die Zwangslage zu ihrer Veräußerung verbreiten[1]) und daß die Veräußerung von Forderungen erheblichen Schwierigkeiten begegnet[2]). Man wird darum zufrieden sein müssen, wenn sich die Verwertungsergebnisse im Konkurse über jenen in der Zwangsvollstreckung halten, mögen sie auch unter den Erlösen bleiben, die ein normaler Geschäftsbetrieb bringen könnte.

Daraus ergibt sich freilich die Tatsache, daß die Konkursgläubiger mit einer Wertvernichtung im Konkurse auch in Zukunft zu rechnen haben. Sie wird bei der Annahme der im Gutachten gemachten Vorschläge viel kleiner sein als bisher und der üble Ruf der Konkursmassen (die ja auch wesentlich vergrößert sind) wird sich infolgedessen verbessern. Aber verschwinden wird diese Erscheinung nicht. Die Konkursgläubiger werden darum der Regel nach auch späterhin nicht nur deshalb einen Teil ihrer Ansprüche einbüßen, weil und wenn der Schuldner überschuldet ist, sondern auch deshalb, weil die Konkursabwicklung Geld kostet und Werte vernichtet.

7. Diese Erwägungen legen die Pflicht auf, sich mit einer Erscheinung zu beschäftigen, die sonst nicht in den Gedankenkreis dieses Gutachtens treten würde: mit den Ausgleichen des Schuldners mit seinen Gläubigern.

Ihr häufiges Auftreten erklärt sich aus den ziemlich desolaten Ergebnissen des jetzigen Konkursverfahrens für die konkurrierenden Konkursgläubiger der dritten Klasse. Mit der erheblichen Quotenerhöhung für sie, die durch die Reform in Aussicht gestellt werden kann, werden diese Ausgleiche wohl einen guten Teil ihres Reizes für diese Gläubiger verlieren, somit seltener und minder ungünstig für sie sein; auch werden sich die Schuldner weniger als jetzt darauf verlassen dürfen, daß ihre Gläubiger ausgleichsbereit sein würden. Dennoch werden diese Ausgleiche nicht verschwinden oder auch nur sehr

[1]) Unter ähnlichen Schwierigkeiten leiden bekanntlich auch die Exekutionen.

[2]) Darauf weist mit Recht v. Pitreich S. 11 hin.

selten werden; das soll auch gar nicht sein, weil es immer wieder ausgleichswürdige Fälle geben wird, wenn schon zu diesen nicht mehr die Sorge vor den ungünstigen Konkursergebnissen gehören soll.

Es frägt sich nun, wie die Gesetzgebung sich zu diesen Vereinbarungen zu stellen hat?

Von den vier Formen des Gesetzes, die das Rechtsleben jetzt für sie verwendet, ist der Vergleich des § 157 K. O. mit allen Masse- und konkurrierenden Gläubigern schon jetzt praktisch unerheblich, und wird es noch mehr werden, wenn dem Zwangsausgleiche mehr Raum als bisher gegönnt wird. Der Vergleich ist darum zu beseitigen.

Die Konkursaufhebung auf Grund der Zurücknahme der Forderungsanmeldungen bis auf eine (§ 154 K. O.) ist vom Gesetzgeber nicht ordentlich durchdacht und bedarf namentlich einer Vorschrift zum Schutze der Massegläubiger, die heute in diesem Falle ganz schutzlos sind. Ist aber § 154 K. O. entsprechend verbessert, so muß man diese Voraussetzung zur Konkursaufhebung (und damit diese Ausgleichsform) wohl zulassen, da es nicht angeht, den Gläubigern eine Ausharrungspflicht im Konkurse aufzuerlegen.

Aus denselben Gründen soll sich das Gesetz jener Ausgleichsform nicht entgegenstellen, die sich als das Einverständnis aller Masse- und konkurrierenden Konkursgläubiger in die Konkursaufhebung (§ 155 K. O.) präsentiert. Die Bedenken gegen solche außergerichtliche Ausgleiche, die sich hinter den §§ 154, 155 K. O. verbergen, sind zwar schwerwiegend, aber doch nicht stark genug, um hier gegen sie mit jenen Mitteln aufzutreten, die allein zur Verfügung stünden.

Am leichtesten gräbt man übrigens sicherlich den außergerichtlichen Ausgleichen, wie durch ein gutes Konkursverfahren so durch ein gut reguliertes Zwangsausgleichsverfahren[1]) den Boden ab. Hier hat darum die Konkursreform in Österreich einzusetzen. Da es sich dabei um vielfach

[1]) Literatur bei Frankl, Revision, S. 114; Hellmann, S. 523. Über den Vorkonkurs s. oben S. 45.

kontrovertierte und sehr bekannte Probleme handelt, darf ich mir wohl erlauben, meine Vorschläge nur zu skizzieren. Es wird im reformierten Konkurse der Zwangsausgleich wie in Deutschland und Ungarn in allen Konkursen, darunter auch in jenen juristischer Personen (Aktiengesellschaften z. B.) zuzulassen sein[1]; § 208 K. O., der übrigens auch einer ernsten juristisch-technischen Durcharbeitung bedarf[2], ist demgemäß zu vereinfachen. Nach wie vor soll der Ausgleich auf dem Grundsatze der Gläubigergleichheit aufgebaut sein; das Gesetz hat darum Sonderübereinkommen als nichtig, und als den noch nicht rechtskräftig bestätigten Zwangsausgleich vernichtigend zu behandeln; der kaum wirkungsvollen Strafbestimmungen des Art. 597 des code de commerce und des § 243 dtsch. K. O. gegen diese Sonderübereinkommen bedarf man aber wohl nicht[3]. Wohl aber bedarf das Stimmrecht im Ausgleichsverfahren außer den schon auf S. 70 vorgeschlagenen Einschränkungen noch einer solchen hinsichtlich der zedierten Forderungen, weil erfahrungsgemäß oft hinter solchen Zessionen sich (dann sehr schwer faßbare) Sonderbegünstigungen einzelner Gläubiger verbergen: der Zessionar, der es erst nach der Konkurseröffnung[4] wurde, hat darum zwar den Wirkungen des Ausgleiches unterworfen zu bleiben; es ist ihm aber im Zwangsausgleichsverfahren das Stimmrecht zu entziehen[5], ohne daß doch die Forderung bei der Bemessung der Summenmajorität (§ 217 K. O.) in Abschlag zu bringen wäre. Der Zwangsausgleich ist nur zu gestatten, wenn er eine binnen sechs Monaten und vor der Konkursaufhebung zahlbare Minimalquote von 25% bietet[6]; eine ähnliche Vor-

[1] Ebenso § 202 ung. K. O. Vgl. auch § 213 dtsch. K. O.

[2] Vgl. Literatur und Rechtsprechung bei R. Pollak, Konkursr., S. 402 ff.

[3] A. M. Frankl, S. 119.

[4] Nicht erst der, dem nach dem Antrag auf Zwangsausgleich zediert wird; denn die Verhandlungen mit den Gläubigern beginnen viel früher.

[5] Ähnliche Diskrepanzen bestehen schon heute; Pollak, Konkursr., S. 413.

[6] Bedenken äußert Frankl, S. 115 ff. hiegegen.

schrift erhält sich seit Jahren in Ungarn, und ist in abgeschwächter Form jetzt im § 187 dtsch. K. O. enthalten. Überdies muß zur Vermeidung vorgekommener grober Mißbräuche bestimmt werden, daß die Quote nicht unter jener Ziffer bleiben dürfe, die nach dem Berichte des Masseverwalters voraussichtlich (unter Berücksichtigung der Anfechtungsansprüche) bei der Verteilung des Vermögens für die konkurrierenden Konkursgläubiger erzielt würde. Endlich hat dem Konkurskommissär oder Konkursgerichte die entscheidende Prüfung nicht nur der Gesetzmäßigkeit, sondern auch der Zweckmäßigkeit des konkreten Ausgleiches vorbehalten zu bleiben (vgl. § 188 dtsch. K. O.). Mit diesen Erweiterungen und Einschränkungen wird sich dieses außerordentliche Mittel zur Konkursaufhebung hoffentlich besser als bisher bewähren, wo es wohl keinen Zwangsausgleich ohne Zessionen oder sonstige Sonderübereinkommen gibt.

V.

Nun ist die Erörterung über die Vermehrung und bessere Verwertung der Aktiven (S. 38) abgeschlossen, und es ist jetzt nur noch die dort vorbehaltene Antwort auf die Frage zu suchen, ob die jetzige Verteilungsordnung gerecht sei oder einer Verbesserung bedürfe?

1. An erster Stelle steht da die Frage nach der Begrenzung des Kreises der zu berücksichtigenden Gläubiger. Hier ist, scheint mir, an dem geltenden Rechte zwar manches im Detail zu ändern, nichts aber an den wohlerprobten Grundsätzen.

Die Gläubiger zerfallen bekanntlich in zwei Gruppen, in jene der Masse- und in jene der Konkursgläubiger. Beide sind im wesentlichen richtig vom Gesetze begrenzt. Insbesondere ist kein Grund, bedingte oder betagte oder Forderungen von Bürgen und Regreßpflichtigen aus dem Kreise der Konkursgläubiger auszuschließen. Auch die Vermögensansprüche des Ehegatten und der nahen Verwandten und Verschwägerten (insoweit sie nicht Alimentationsansprüche familienrechtlicher Natur sind) sollen in Zukunft nicht anders als bisher als Konkursforderungen behandelt werden[1]); die Gründe gegen das Stimmrecht auf Grund dieser Forderungen (S. 60) haben kein Gewicht bei der Frage nach ihrer Befriedigung aus dem Konkursvermögen. Natürlicherweise wird der Kreis der Konkursgläubiger sogar

---

[1]) Überzeugend für den Ehegatten Frankl, S. 92 ff.; unrichtig Adler-Clemens, Nr. 1797.

tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich in Zukunft eine Erweiterung durch jene Personen erfahren, welche bisher als Realgläubiger, Aufrechnungs- oder Rückforderungsberechtigte eine Vorzugsstellung genossen, die ihnen nach den Vorschlägen dieses Gutachtens genommen werden soll.

Ausscheiden sollen dagegen aus diesem Kreise die Zinsenansprüche von der Konkurseröffnung an (vgl. § 63 dtsch. K. O.). Ferner sind auszuschließen die Forderungen aus Schenkungen und die Geldstrafen[1]) (§ 48 K. O.), freilich eine Einschränkung ziemlich unerheblicher Art. Die Befriedigung der Ansprüche der Gesellschafter (Aktionäre) und Genossenschafter der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften hat nicht im Konkursverfahren zu geschehen. Rentenberechtigte sollen, was für sie und für ihre Konkurrenten zweckmäßiger als der jetzige Rechtszustand ist[2]), statt der Rentenquote, wie nach §§ 69, 70 dtsch. K. O., ein Ablösungskapital ein- für allemal[3]) ausbezahlt bekommen. Familienrechtliche Ansprüche auf Alimentation sind, wie schon jetzt die herrschende österreichische Lehre[4]) wenn auch meines Erachtens für das geltende Recht mit Unrecht annimmt, aus den Ansprüchen auszuscheiden, die aus dem Konkursvermögen zur Befriedigung kommen dürfen, da § 5 K. O. für ihre Befriedigung zum Teil sorgt, und da sie ihrer Natur nach voraussetzen, daß der Verpflichtete das Geld zu ihrer Befriedigung habe; Ausgedinge braucht man nicht von dieser Ausschließung auszunehmen, da sie ohnedies ähnlich wie Pfandforderungen grundbücherlich gesichert sind. Dagegen würde ich in Übereinstimmung mit der österreichischen Rechtsprechung[5]) und mit § 71 B. G. B. („gleich einer anderen

---

[1]) Ebenso § 65 ung. K. O.; § 88 bosn. K. O.; § 63 dtsch. K. O.

[2]) Gute Gründe bei Frankl, Revision S. 89.

[3]) Vorbehaltlich des Anspruches gegen den Schuldner nach der Konkursaufhebung.

[4]) Ullmann in Grünhuts Ztschr. IV, S. 91 ff.; v. Hussarek, Die familienrechtl. Alimentation (in Grünhuts Ztschr. XX, S. 506 ff.; 554); v. Nemethy in Ger. Z. 1896, S. 31 u. a. m.

[5]) Gl.-U. 12446, 15098. In der Literatur herrscht Streit.

Schuld") und § 165 B. G. B. („Uneheliche Kinder sind überhaupt von den Rechten der Familie . . . ausgeschlossen") eine Ausnahme zugunsten der Alimentationsansprüche unehelicher Kinder gegen jenen Gemeinschuldner machen, der nach § 163 B. G. B. als ihr Vater gilt[1]); zwar stehen sie dadurch im Konkurse günstiger als die ehelichen, aber sie teilen doch auch sonst nicht Freude und Leid mit ihnen zu gleichen Teilen.

Im ganzen kann, wie man sieht, hier fast alles beim alten bleiben, da eben die jetzige Rechtsordnung zu Klagen wenig Anlaß gegeben hat.

2. Ernster ist die Frage, ob die jetzige Vorrechtsordnung von der Regel der Gläubigergleichheit im Konkurse nicht mehr Abweichungen mache, als sich sachlich rechtfertigen läßt?

Hier gehen zunächst die Massegläubiger den Konkursgläubigern voran. Daran ist aus den schon oben (S. 29) angedeuteten Gründen nicht auszusetzen, und es ist nur nebenbei der Wunsch auszusprechen, daß der Widerspruch zwischen den §§ 29 und 160 K. O. beseitigt, das Verhältnis der Massegläubiger zueinander klargestellt[2]) und daß die jetzt streitige[3]) Frage nach der Haftung des Schuldners für die Massekosten und sonstigen Masseschulden nach der Konkursaufhebung klar beantwortet werde.

Zweifelhafter ist dagegen die Berechtigung der Vorrechtsordnung für die Konkursgläubiger[4]). Diese Gläubiger zerfallen nach der Zählung des Gesetzes (§ 43 ff. K. O.) in fünf, nach der Aufzählung dieser §§ 43 bis 48 K. O. in sieben Klassen, in Wahrheit bei Berücksichtigung der Ansprüche der

---

[1]) A. M. Frankl, S. 85.

[2]) Vgl. Wolff, Massegläubiger im Konkurse (in Z. Z. P. XXII, S. 271 ff.).

[3]) Vgl. v. Canstein, Konstruktion der konkursr. Verhältnisse (in Grünhuts Ztschr. IX, S. 479); Pollak, Konkursr. S. 122 ff.

[4]) v. Schrutka, Die Vorrechtsordnung im Konkurse (G. H. 1879, S. 67 f.); Ullmann in Jur. Vtljsch. I, S. 6 ff.; v. Schullern a. a. O., S. 443 ff.; Pollak, Konkursr., S. 176 ff. Aus der deutschen Literatur Seuffert, Konkursprozeßr., S. 60; Jaeger, S. 488 ff.

Handelsgesellschafter, der Genossenschafter und der Ehegattin in noch mehr. Wenn nun auch das österreichische Recht in der Klasseneinteilung nicht so weit geht, als das gemeine und als das frühere österreichische Recht[1]), so ist doch noch gerade genug geschehen, um den Grundsatz der Gläubigergleichheit empfindlich zu verletzen. Das gilt insbesondere für die Konkursgläubiger der dritten Klasse, bekanntlich die Hauptgruppe derselben. Man bedenke nur, wer alles ihnen vorangeht: die Realgläubiger und die Aufrechnungsberechtigten, sowie die Rückforderungsberechtigten (indem sie ihnen Deckungsobjekte entziehen), die Massegläubiger und die Konkursgläubiger der ersten zwei Klassen!

Es ist danach gar nicht merkwürdig, daß auf diese Konkursgläubiger der dritten Klasse oft gar keine Quote ihrer Forderungen entfällt. Nur natürlich ist auch, daß sie in einer solchen Rechtsordnung nichts Befriedigendes finden können. Jene bedarf sicherlich der Verbesserung.

Nur ist in diesem Punkte nicht mehr viel zu sagen, da die Hauptpunkte schon vorweggenommen worden sind.

Die Verschiebung der jetzigen Rangordnung der verschiedenen Gläubigergruppen zugunsten ihrer Gleichstellung mit den Konkursgläubigern hat schon im zweiten Abschnitte dieses Gutachtens ihre Besprechung gefunden. Die Vorschläge, die dort gemacht wurden, beseitigen eine erhebliche Reihe von Ungleichmäßigkeiten in der Gläubigerbefriedigung. Dies kommt zwar nicht ausschließlich, aber doch im wesentlichen den Konkursgläubigern der dritten Klasse zugute, wie auch die Aktivenvermehrung nach den Vorschlägen des dritten und vierten Abschnittes des Gutachtens hauptsächlich ihrem Vorteile dient; denn die Konkursgläubiger der ersten Klasse werden der Regel nach auch jetzt ohnedies voll befriedigt, und jene der zweiten Klasse kommen praktisch nicht in Betracht. Den Gewinn aus

---

[1]) Vgl. Stobbe, Zur Geschichte des älteren dtsch. Konkursprozesses, S. 82 f.; Espan, Abhandlung über die gesetzmäßige Befriedigung konkurrierender Gläubiger (1839).

den gemachten Reformvorschlägen haben also hauptsächlich die Konkursgläubiger der dritten Klasse, und er wird nicht gering sein.

Darüber hinaus aber wird man nicht mehr sehr weit gehen können. Denn der Grundsatz der Gläubigergleichheit soll zwar als erster das Konkursrecht beherrschen und war auch jener, von dem bis zu einem gewissen Grade der deutsche und österreichische Gesetzgeber[1]) ausgingen. Aber daneben stehen doch auch andere Erwägungen, die in einem gewissen Umfange Berücksichtigung verdienen; man kann sie nicht von vorneherein ablehnen, sondern muß sie Stück für Stück prüfen. So ergibt sich statt des Nebeneinander aller Konkursgläubiger doch die Berechtigung einer Vorrechtsordnung für sie, und es ist nur deren Detail festzustellen.

Dieser Aufgabe hat sich schon Frankl[2]) in derart ausgezeichneter Weise unterzogen, daß ich seine Resultate fast vollständig akzeptieren und auch auf seine Begründung verweisen kann. Es sollen danach die Konkursgläubiger nur mehr in drei Klassen zerfallen:

a) Der Lid- oder Arbeitslohn der im Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Unternehmen des Gemeinschuldners aufgenommenen Personen, der nicht über ein Jahr vor Konkurseröffnung rückständig ist. Hinzufügen möchte ich, daß das Vorrecht nur bis zu einer gewissen Höhe (etwa 2500 *K*) bestehen solle, und daß Entschädigungsansprüche dieser Personen wegen einer nach § 22 K. O. vorgenommenen rechtzeitigen Vertragsauflösung nur in die dritte Klasse der Konkursgläubiger einzureihen sind, um Mißbräuchen begegnen zu können[3]);

b) die öffentlichen Abgabenforderungen des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung (vgl. S. 17);

c) alle übrigen Forderungen der Konkursgläubiger, wobei die jetzige Benachteiligung der Ehegattin für ihre Ansprüche

[1]) Dtsch. Motive zum 1. Entw., I., S. 329ff; Kaserer, S. 85.
[2]) Revision, S. 96ff.
[3]) Makower in Z. Z. P. XX., S. 445ff. S. oben S. 5.

aus den Ehepakten (§ 16 E. G. z. H. G.; § 50 K. O.) als grundlos zu entfallen hat.[1])

Was sonst nach dem geltenden österreichischen Konkursrechte noch den Vorrang vor der Gruppe c) hat (also z. B. der Arzt, der Apotheker, die Hebamme, der Leichenbestatter usf.), soll dieses Vorrecht aus den von Frankl überzeugend entwickelten Gründen verlieren.

Wird die Vorrechtsordnung in dieser Weise vereinfacht, so ergibt das nicht nur eine leichtere Klassifizierung der Forderungen und die Abschneidung lästiger Streitfragen, sondern auch eine weitere, wenn auch nicht übergroße Verbesserung der Lage der Konkursgläubiger der dritten Klasse.

---

[1]) S. über diese Frage nach dem geltenden Recht, Frankl, Zu § 16 E. G. z. H. G. (in Grünhuts Ztsch., XXXV., S. 705 ff.).

VI.

Sind die Verbesserungsvorschläge dieses Gutachtens zusammen angemessen, so wird sich hoffentlich durch ihre Erhebung zu Rechtsnormen eine gleichmäßigere, gerechtere Verteilung der Aktiven des Gemeinschuldners unter seine Gläubiger ergeben, als sie bisher stattfand; gleichzeitig werden sich die Quoten für die Konkursgläubiger erheblich erhöhen. Dies wird eine regere Beteiligung der Gläubiger am Konkursverfahren, eine Verringerung ihrer Konkursscheu, eine Herabdrückung der Zahl und der Bedeutung der außergerichtlichen Ausgleiche zur Wirkung haben, somit lauter erwünschte Folgen. In letzter Linie kann dann eine günstige Rückwirkung des reformierten Verfahrens auf das heimische Wirtschaftsleben und seine Moral hier ebensowenig ausbleiben als bei der Zivilprozeßordnung.

So vermag selbst ein Konkursgesetz viel zur Gesundung der Wirtschaftsverhältnisse und zu ihrer Hebung beizutragen.

Inhaltsverzeichnis.

Gutachten

über den

Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche.

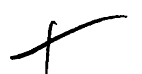
Dem österreichischen Advokatentag erstattet

von

Prof. Dr. Armin Ehrenzweig.



Wien.
Im Verlage des XI. österreichischen Advokatentages.
1908.



Gutachten

über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche.

Dem österreichischen Advokatentag erstattet

von

Prof. Dr. Armin Ehrenzweig.

I. Die Technik des Entwurfes.

§ 1. Einleitung.

„Das Zivilrecht regelt die wichtigsten Seiten des Menschenlebens. Es bildet das Fundament der Sozialordnung, neben welchem andere Rechtsgebiete, z. B. die Verfassung des Staates, was ihre Bedeutung für das Menschenleben, für das Glück und Unglück der Menschen anbelangt, in den Schatten treten" (Petrażycki). Jede wesentliche Änderung des bürgerlichen Rechtes zieht weitreichende Wirkungen nach sich, die nur zu leicht aller Erwartung widersprechen: dem Schwachen wird die wohlgemeinte Gunst zum Verhängnis; der Pfeil, der den Unredlichen treffen soll, irrt auf den Redlichen ab; die Lösung eines Zweifels zeugt ein Dutzend neuer. Darum ruft die Zivilgesetzgebung aller Kulturstaaten die gesammelte Kraft und Erfahrung und Klugheit der ganzen Bevölkerung in die Schranken, sie vernimmt die Wünsche und Klagen aller Stände, aller Berufe, aller Vereinigungen und dankbar begrüßt sie auch den unerbetenen Vorschlag, der sie fördert.

Unsere Regierung war sich anfangs der Bedeutung des Unternehmens bewußt, sie wollte die Verbesserung des bürgerlichen Rechtes im Lichte der Öffentlichkeit und unter der Mitwirkung weiter Kreise durchführen — damals nämlich, als sie die „Revisionskommission" einsetzte (Anfang Mai 1904). Was immer man gegen diesen Vorgang einwenden mochte[1],

[1] v. Mayr, Zur Frage der Revision, 1906 (Sonderabdruck aus der G. Z. 1906, Nr. 17 bis 20); Till, Revision oder Ergänzung, 1907 (S. A. aus der G. Z. 1907, Nr. 6).

Beunruhigung konnte er nicht hervorrufen, denn die Revisionskommission war nur zur Ausarbeitung eines Vorentwurfes berufen. Über ihn sollte eine größere Versammlung beraten und in dieser — das versprach der „halbamtliche Kommentar" zur Einsetzung der Kommission ausdrücklich — in dieser also sollten die Vertreter der Industrie, des Gewerbes, der Handelswelt, der sonstigen erwerbstätigen Bevölkerungsgruppen, sowie Angehörige der juristischen Berufsstände zum Worte gelangen. Die wichtigsten Ergebnisse der Verhandlungen und Beratungen sollten „jeweils" durch die Presse allgemein bekannt gemacht werden. Mit Recht durfte daher die Regierung die Hoffnung aussprechen, „daß die Änderungen durchwegs in Übereinstimmung mit den in der Öffentlichkeit vorherrschenden Anschauungen bleiben und deshalb auch das letzte Stück des Weges zur Erlangung der Gesetzeskraft, die parlamentarische Beratung, zur gegebenen Zeit rasch zurücklegen würden".

Aber bei uns wird „jedes Ding mit mehr Trieb erzeugt als genossen". Von allem, was angekündigt war, ist das Gegenteil geschehen. Die Aufgabe, die einer besonderen Kommission so feierlich übertragen war, wurde ihr in aller Stille wieder abgenommen, auf die Mitwirkung der Praktiker, der Vertreter der Industrie, des Handels usf. wurde vollständig verzichtet und in die Presse drang nicht die geringste Andeutung über die Ausarbeitung des Entwurfes. Unsere Bureaukratie erblickt nun einmal im Geheimnis die Bürgschaft des Erfolges. Während alle Welt noch die Revisionskommission an der Arbeit glaubte und nur über das Ausbleiben der versprochenen Nachrichten sich verwunderte, legte das Justizministerium dem Herrenhause als Frucht seiner geheimnisvollen Tätigkeit den Gesetzentwurf betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des a. b. G. B.[1]) vor.

Die Kritik ließ sich trotzdem nicht zum Schweigen bringen. Die Theoretiker berichteten so rasch als möglich über die Eindrücke, die sie beim ersten Lesen des Entwurfes gewonnen

[1]) XVIII. Session, 1907, Beilage Nr. 29.

hatten[1]). Bald ließen auch Stimmen aus dem Kreise der Praktiker sich vernehmen[2]) und nun steht eine Äußerung des österreichischen Advokatentages bevor. Aber die Aufgabe der Kritik ist eine undankbare und unerfreuliche geworden. Denn nicht dazu ist die Kritik berufen, mitzuarbeiten an der Verbesserung unseres bürgerlichen Rechtes. Ist es doch nicht ein Vorentwurf, der geprüft werden soll, sondern eine Regierungsvorlage und diese Vorlage bildet schon jetzt den Gegenstand emsiger parlamentarischer Arbeit. Wer Verbesserungsvorschläge macht, muß fürchten, zu spät zu kommen. Und schließlich übersteigen die Mängel des Entwurfes doch wohl die Leistungsfähigkeit der Kritik. Jeder Jurist, der sich mit diesem Entwurfe längere Zeit befaßt hat, wird die Erfahrung gemacht haben, daß man bei wiederholtem Lesen, Durchdenken, Vergleichen immer neue Fehler findet. Darum wird sich die Kommission des Herrenhauses gewiß nicht darauf beschränken dürfen, die vielen Gebrechen zu heben, auf die, leichthin aus dem Vollen schöpfend, eine zur Eile gedrängte Kritik doch nur beispielsweise hinweisen will. Wenn die häßliche Raupe sich in den schönen Schmetterling verwandeln soll, so muß eben der Schmetterling der Raupe so unähnlich werden, als irgend möglich ist.

Dieses Gutachten unternimmt es nicht, die Mittel anzugeben, wie eine solche Verwandlung zu erreichen wäre; vielmehr läßt es die Frage ihrer Möglichkeit dahingestellt. Der Zweck des Gutachtens ist erreicht, wenn es gelungen ist, die Mitglieder des Advokatentages in eben der Überzeugung zu befestigen, die sie sich wohl schon bei der ersten Durchsicht des Entwurfes gebildet haben — in der Überzeugung nämlich, daß der Entwurf nicht mit jener Sorgfalt gearbeitet ist, auf die selbst bei minder wichtigen Gesetzentwürfen nicht ver-

---

[1]) Vgl. die Übersicht im Juristischen Literaturblatt 1908, Nr. 6.

[2]) In der Sektion Wien des Notarenvereines bezeichnete der Berichterstatter (v. Winterhalder) die neuesten Entwürfe als „durchwegs ungenügend vorbereitet, in salopper Sprache und mit mangelhafter Gesetzestechnik gearbeitet“ (Ztschr. f. Notariat 1908, Nr. 30).

zichtet werden sollte. Darüber freilich gebe ich mich keiner Täuschung hin, daß hinsichtlich mancher von den im zweiten und im dritten Abschnitte dieses Gutachtens behandelten rechtspolitischen Fragen die Ansichten weit auseinander gehen. Das sind eben politische und darum Parteifragen.

§ 2. Zweck des Entwurfes.

Die „Erläuternden Bemerkungen" glauben (S. 57) der Aufgabe enthoben zu sein, die Notwendigkeit einer Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zu begründen. Sie verweisen auf die Abhandlung Josef Ungers „Zur Revision des a. b. G. B.", die in Grünhuts Zeitschrift 1904 (Band 31, S. 389 bis 406) erschienen ist. Diese Abhandlung scheint in der Tat die „occasio legis" zu sein. Aber sie ist doch nur die occasio, der zufällige Anstoß, nicht mehr. Unger hat nicht etwa die Einsetzung einer Revisionskommission empfohlen. „Der Ruf nach Revision des bürgerlichen Gesetzbuches," schreibt er (S. 403), „fände sicherlich nicht so allgemeinen Widerhall wie der Ruf nach Reform des Strafgesetzbuches." Ferner S. 404: „Und wollte man selbst eine Kommission zur Umarbeitung des Gesetzbuches sofort einsetzen, so würden doch Jahrzehnte vergehen, bevor das schwierige Werk zustande käme." Die Einsetzung der Kommission erfolgte also nicht auf Vorschlag Ungers, sondern vielmehr gegen seinen Rat. Was Unger eigentlich anstrebte, können wir nicht wissen, weil die Regierung die nächste Absicht des kleinen Aufsatzes durchkreuzt hat. Dieser Aufsatz ist nämlich ausdrücklich bezeichnet als „Einleitung zu einer Abhandlung, zu deren Vollendung mir hoffentlich noch Zeit und Kraft gegönnt sein wird" (S. 389, N. 1). Unger kündigt (S. 405) an, daß er in der folgenden Abhandlung einige Einzelreformen vorschlagen werde und bemerkt zur Rechtfertigung dieses Planes, „daß es vielleicht nicht ohne Interesse und nicht ganz ohne Wert ist, die Ansichten kennen zu lernen, die sich jemand, der den größten Teil seines Lebens dem Studium des Privatrechtes gewidmet hat, über einige wichtige Fragen der Gesetzgebung

gebildet hat". Die Regierung hat gleichwohl das Erscheinen der angekündigten Abhandlung nicht abgewartet. Sie hat sofort die Revisionskommission eingesetzt und Unger um Übernahme des Vorsitzes ersucht. Dadurch wurde zunächst das Erscheinen der Abhandlung verhindert. Dann aber nahm die Regierung, wie bekannt, der Revisionskommission die Arbeit wieder ab und wählte einen Weg, der in der Mitte liegt[1]) zwischen der von Ofner — nicht von Unger — angeregten Revision des Gesetzbuches und der schon von Pratobevera[2]) vorgeschlagenen und allem Anscheine nach auch von Unger in Aussicht genommenen „interimistischen Verbesserung" durch Einzelgesetze: die Regierung entschloß sich zur „Revision in Abschlagszahlungen". Also ein Ratengeschäft — da kann auf die Geltendmachung der Mängel bekanntlich nicht verzichtet werden!

Von einem gewöhnlichen Nachtragsgesetze unterscheidet sich die Abschlagszahlung durch Planlosigkeit: quasi per saturam collectum opus et utile cum inutilibus mixtum (Const. Omnem reip.). Allerdings kann sich die Weisheit des Gesetzgebers gerade darin zeigen, daß er scheinbar weit auseinander liegende Gegenstände gleichzeitig ordnet, weil er entdeckt hat, daß sie juristisch oder wirtschaftlich zusammenhängen, daß die Änderung an dem einen Punkte auch Änderungen an anderen, entlegenen Punkten erfordere.

Will man z. B. das Alter der Volljährigkeit von 24 auf 21 Jahre herabsetzen, so genügt es gewiß nicht, in den §§ 21 und 174 a. b. G. B. die eine Zahl durch die andere zu ersetzen. Vielmehr müßten nun auch die ohnehin zum Teile recht unbefriedigenden gesetzlichen Bestimmungen über die Entlassung aus der väterlichen Gewalt und über die Nachsicht des Alters umgearbeitet werden; auch manches andere, das mit den Alters-

---

1) „Die Mittelstraße, die durchaus nicht die goldene ist" — sagt Touaillon in d. Ztschr. f. Notariat 1908, Nr. 26.

2) Materialien, V, S. 341, von Unger, a. a. O., S. 405, N. 51, bezogen („S. 34 fg." ist offenbarer Druckfehler).

stufen juristisch zusammenhängt[1]). Aber damit wäre der Gegenstand noch immer nicht erledigt. Auch die wirtschaftlichen Zusammenhänge fordern Beachtung. Soll ein erheblicher Teil der Bevölkerung, der bisher unter dem besonderen Schutze der Gesetze stand, fortan dieses Schutzes entbehren, und zwar derjenige Teil der Bevölkerung, den Unerfahrenheit und jugendlicher Leichtsinn am meisten der Gefahr der Ausbeutung preisgeben, dann erscheint die gleichzeitige Erlassung einer Schutzvorschrift nach Art des § 128, Z. 4, unseres Entwurfes wirklich dringend geboten. Und dabei dürfte man wohl nicht stehen bleiben. Gerade in jenem Alter werden häufig Dienstverträge unter Vermittlung von Agenten abgeschlossen; die Gefahr einer Bedrückung der jugendlichen Stellensucher durch übermäßige Provisionsansprüche liegt so nahe, daß die Einführung des richterlichen Mäßigungsrechtes nach dem Muster des dtsch. B. G. B. (§ 655) wohl der Erwägung wert wäre usf.

Eine Novelle, die ihren Stoff nach solchen Gesichtspunkten wählte, wäre des Beifalles sicher; da würde eine Reform die andere rechtfertigen.

Und nun betrachten wir unseren Entwurf. Er gibt (§ 93) den unehelichen Kindern gegen die mütterlichen Verwandten und diesen gegen jene (§ 94) dasselbe gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht, das zwischen ehelichen Verwandten besteht. Gleichwohl bleibt es dabei, daß uneheliche Kinder von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft überhaupt ausgeschlossen werden (§ 165 a. b. G. B.). Und doch hat das gleiche gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht für sich allein keinen vernünftigen Sinn! Es kann nur den Schlußpunkt einer Entwicklung bilden, die auf Beseitigung des Unterschiedes zwischen ehelicher und unehelicher Geburt hinzielt. Man kann es be-

---

[1]) Erst die Herabsetzung der Altersgrenze ermöglicht die wünschenswerte Einschränkung jener vollkommenen Handlungsfähigkeit, die das Gesetz dem Minderjährigen hinsichtlich gewisser Vermögensmassen einräumt. Vgl. Krainz, 4. Aufl., § 458, Note 29 d. Zustimmend Rappaport in Grünhuts Ztschr. Bd. 35, S. 449. Vgl. dessen Vorschläge ebenda S. 461 ff.

greifen, daß das uneheliche Kind gegen den Vater den Unterhaltsanspruch, aber kein Erbrecht hat; verkehrt ist es dagegen, ihm gegen den mütterlichen Großvater sogar das Pflichtteilsrecht, aber keinen Unterhaltsanspruch zu gewähren. Und was soll man dazu sagen, daß derselbe Entwurf, der die Unzulänglichkeit der gerichtlichen Vormundschaft beklagt, darauf verzichtet, dem unehelichen Kinde in den nun erbberechtigten Verwandten gesetzliche Vormünder zur Seite zu stellen?

Andere Beispiele der Nichtbeachtung von Zusammenhängen werden im folgenden vorgeführt werden; auch die bisherigen Besprechungen des Entwurfes bieten deren eine Menge [1]). Krasnopolski [2]) zeigt, daß der Entwurf „einzelne Bestimmungen der verschiedensten Rechtsinstitute ändert, ohne kaum eines derselben vollständig zu revidieren, beziehungsweise zum Abschlusse zu bringen". „Wie mit einem Krampen auf einer Hutweide wird herumgearbeitet; hier ein Stückel, dort ein Stückel" — so Burckhard [3]) und ähnlich Wellspacher [4]) nur mit dem Unterschiede, daß er dem Verfasser des Entwurfes statt des Krampens die Maurerkelle in die Hand gibt.

§ 3. Verhältnis des Entwurfes zum deutschen Gesetzbuche.

Das heimische Recht von innen heraus fortzubilden, Gedanken zur Reife zu bringen, die in einzelnen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches ihren „historischen Durchbruchspunkt", aber noch nicht die folgerichtige Entwicklung gefunden haben, oder die Grundsätze klarzulegen, die hinter mancherlei Scheingründe versteckt die österreichische Spruchweisheit beherrschen — das ist nicht die Absicht des Entwurfes. Vielmehr sollen dem österreichischen Gesetzbuche wie einem Wildlinge die Äste

---

[1]) Ein besonders arges Versehen ist es, daß dem Ehegatten ein Pflichtteilsrecht gewährt wird, die §§ 776 ff. aber ungeändert bleiben. Schiffner, Erbrechtsreform, S. 48 f.

[2]) Die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des a. b. G. B., S. 9.

[3]) Neue Freie Presse vom 12. April 1908.

[4]) Kritische Bemerkungen, S. 5.

gestutzt werden, um Edelreiser vom deutschen Gesetzbuche oder neueren Entwürfen aufpfropfen zu können.

Die bei dieser Übertragung gemachten Fehler zerfallen in zwei Gruppen: bald wurde nicht geändert, was der Änderung bedurfte, bald geändert, was besser unberührt geblieben wäre.

A. Die Fehler durch Nichtändern sind wieder zweifacher Art. Entweder nämlich blieben Fehler unverbessert, die dem Urtexte von vorneherein anhafteten. Oder Fehler entstanden erst dadurch, daß der aus dem ursprünglichen Zusammenhange gelöste Paragraph ohne Anpassung in die neue Umgebung gebracht wurde. Hier nur drei Beispiele von der zweiten Art.

a) § 24 des Entwurfes ist aus § 1716 des deutschen Gesetzbuches wörtlich abgeschrieben: „Schon vor der Geburt des Kindes kann auf Antrag der Mutter durch einstweilige Verfügung angeordnet werden, daß der Vater den für die ersten drei Monate dem Kinde zu gewährenden Unterhalt alsbald nach der Geburt an die Mutter oder an den Vormund zu zahlen und den erforderlichen Betrag angemessene Zeit vor der Geburt bei Gericht zu erlegen hat. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des Anspruches glaubhaft gemacht wird".

Nicht davon soll die Rede sein, daß die deutsche „einstweilige Verfügung" in der Regel nach mündlicher Verhandlung durch Endurteil erlassen wird, während die österreichische „einstweilige Verfügung" in der Regel ein plötzlicher Überfall ist, bei dem man von der Gefährdung des Anspruches nicht so leicht absehen sollte. Dem deutschen Rechte nähern wir uns erst, wenn wir sagen: „auf Antrag der Mutter kann nach Einvernehmung des Vaters durch einstweilige Verfügung angeordnet werden usf." Viel merkwürdiger ist die Herübernahme der drei Monate. Nach deutschem Rechte ist nämlich gemäß § 1710 B. G. B. auch späterhin der Unterhalt immer von drei zu drei Monaten vorauszuzahlen, bei uns dagegen ist die Pflicht der Vorauszahlung verständigerweise[1]) auf einen

[1]) Die große Mehrheit der Bevölkerung bezieht das Einkommen in kürzeren Terminen, täglich, wöchentlich, monatlich. Ihre Wirtschaft

Monat beschränkt (§ 1418 a. b. G. B.). Die Frist des § 1716 des deutschen Gesetzbuches entspricht also dort der Regel, die Frist des wörtlich gleichlautenden § 24 unseres Entwurfes erscheint für uns als wunderliche Ausnahme. Man begreift nicht, warum der Unterhalt gerade für die drei ersten Lebensmonate auf einmal zu entrichten ist und auch das — allem Anscheine nach — nur, wenn schon vor der Geburt des Kindes eine einstweilige Verfügung verlangt wird. Die einstweilige Verfügung gewährt also mehr als im ordentlichen Rechtswege gefordert werden kann!

b) An § 826 des dtsch. B. G. B. schließt sich § 152, Satz 1 des Entwurfes an:

„Wer in einer gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßenden Weise einem anderen absichtlich Schaden zufügt, ist diesem zum Schadenersatze verpflichtet".

Auch hier bewährt sich der Satz: Vérité en deçà, erreur au delà. Eine Bestimmung, die im Rahmen des deutschen Rechtes unentbehrlich ist, kann für uns reiner Unsinn sein. Das deutsche Recht kennt nicht wie das österreichische oder das französische den allgemeinen Grundsatz, daß jede schuldhafte Beschädigung zum Schadenersatze verpflichte. § 823 des dtsch. B. G. B. setzt voraus, daß ein fremdes Recht widerrechtlich verletzt oder ein Gesetz übertreten worden ist, das den Schutz eines anderen bezweckt — Voraussetzungen, von denen unser § 1295 nichts weiß. Der § 826 des dtsch. B. G. B. will nun den § 823 ergänzen: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, soll dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet sein, auch ohne daß ein Recht eines anderen verletzt oder gegen ein Schutzgesetz verstoßen ist"[1]).

verträgt die Belastung mit vierteljährigen Zahlungen nicht. Aber auch für das Kind sind weitreichende Vorauszahlungen gefährlich.

[1]) Planck, Kommentar zu § 826. Ebenso — den Unterschied zwischen deutschem und österreichischem Rechte übersehend — der Verfasser der erläuternden Bemerkungen, S. 140.

Für uns aber bedeutet der entsprechende § 152 nicht eine Erweiterung, sondern entweder gar nichts oder eine Einschränkung der Schadenersatzpflicht. Nach dem unveränderten § 1295 a. b. G. B. verpflichtet nämlich im allgemeinen jedes Verschulden — auch das Versehen (§ 1294) — zum Schadenersatze; hiervon scheint nun § 152 Entwurf den Verstoß gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung auszunehmen. Habe ich also z. B. eine Fensterscheibe aus Versehen eingeschlagen, so muß ich sie ersetzen; kann ich aber nachweisen, daß ich dies in einer die öffentliche Ordnung verletzenden Weise, also etwa bei einem Aufruhr getan habe, so bin ich nur dann ersatzpflichtig, wenn mir böse Absicht nachgewiesen werden kann. — Das Schikaneverbot des zweiten Satzes wird die Schikane kräftig fördern; es wird — hoffentlich — selten angewendet, aber oft angerufen werden[1]).

c) Die dreißigjährige Verjährung dauert unserer raschlebigen Zeit zu lange. Man sollte meinen, daß um so gewisser die vierzigjährige Verjährung fallen müsse, eine sinnlose Begünstigung der „erlaubten Körper", an die sich eine ganze Reihe von Streitfragen knüpft. Aber die §§ 1472 und 1485 a. b. G. B. bleiben. Dafür werden nach deutschem Muster zahlreiche Forderungen einer dreijährigen Verjährung unterworfen[2]) u. zw. — selbstverständlich[3]) — ohne Unterschied der Person. Allein was im Zusammenhange des deutschen

[1]) Wellspacher, Kritische Bemerkungen, S. 24, nennt das Schikaneverbot, dank seiner engen Formulierung ungefährlich, aber praktisch ziemlich wertlos. Dabei ist an die schikanöse Verteidigung in Schleppprozessen nicht gedacht.

[2]) Unser Entwurf geht übrigens viel weiter als das dtsch. B. G. B. § 194, Z. 1 des Entwurfes umfaßt schon für sich allein „ziemlich den ganzen geschäftlichen Verkehr" (Erl. Bem. S. 160). Um so merkwürdiger erscheint nun die ganze Aufzählung. Ist etwa die Transportanstalt der Z. 3 oder das Gasthaus der Z. 4 kein „geschäftliches Unternehmen"? Sind ihre Leistungen nicht „sonstige Leistungen" im Sinne der Z. 1?

[3]) Judikat Nr. 18. Daß § 196 Entwurf nicht nur überflüssig, sondern (vermöge des Schlusses auf das Gegenteil) geradezu schädlich ist, habe ich in der Not. Ztschr. 1908, Nr. 9, gezeigt.

Rechtes zulässig erscheinen mag, kann für uns ernste Gefahren heraufbeschwören. Gegenüber der kurzen Verjährung erlangen nämlich die Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung die größte Bedeutung. Es kommt viel darauf an, diese Verjährung gegenüber einem saumseligen, abwesenden oder nur vorübergehend zahlungsunfähigen Schuldner auf sichere, schonende und billige Weise unterbrechen zu können. Quaedam nomina sagt Seneca, bona lentus ac sapiens creditor fecit, qui sustinuit ac mora fovit.

Eine unzweideutige schriftliche Anerkennung ist nicht immer rechtzeitig zu erlangen. Nach österreichischem Rechte ist daher der Gläubiger regelmäßig genötigt, nicht nur vor Ablauf der Verjährungszeit zu klagen, sondern auch „die Klage gehörig fortzusetzen" und ein verurteilendes Erkenntnis zu erwirken. Dadurch wird ein Aufwand verursacht, den man bei einer zweifelhaften Forderung nicht gerne wagen wird. Davon abgesehen, werden Prozesse vorzeitig heraufbeschworen, die nicht immer erwünscht sind. Anders nach deutschem Rechte. Da genügt zur Unterbrechung der Verjährung die Klage für sich allein (dtsch. B. G. B. § 211). Der deutsche Rechtsanwalt kann also dem säumigen Kunden, mit dem er es nicht ganz verderben will, im Dezember des dritten Jahres (§ 201) höflich anzeigen, daß er genötigt sei, zur Wahrung seines Anspruches Klage zu erheben, daß er aber nicht prozessieren wolle. Der Prozeß bleibt liegen und der Lauf der Verjährung fängt aufs neue an.

Dazu kommt noch eine zweite, nicht minder wichtige Verschiedenheit. Bei uns werden sogar hypothekarisch sichergestellte Ansprüche der Kaufleute usf. in vollem Umfange der dreijährigen Verjährung unterliegen; der Schuldner kann nach Ablauf der drei Jahre Löschung der Hypothek verlangen. Während also die heutige Kreditpolitik bemüht ist, den Hypotheken den Charakter dauernder Kapitalsanlagen zu wahren, während unsere Agrarpolitik die Kündbarkeit der Hypothek geradezu ausschließen möchte, nötigen die neuen Verjährungsbestimmungen den Gläubiger, die Hypothek schon im dritten

Jahre ihres Bestehens zu kündigen[1]), um der Verjährung zu entgehen. Überdies wird die Verkehrsfähigkeit der Hypotheken gefährdet. Wer wird in Zukunft eine Hypothek erwerben wollen, die im Grundbuche für einen Kaufmann (§ 194, Z. 1), für einen Landwirt (§ 194, Z. 2) usf. eingetragen ist? Es ist immer mißlich, sich von vornherein auf den Schutz des guten Glaubens (§ 1500 a. b. G. B.) verlassen zu müssen, der — man sehe die Spruchpraxis — so oft versagt. Das deutsche Gesetzbuch schützt den Hypothekargläubiger nicht nur gegen die kurze, sondern gegen jede Verjährung durch eine unserem § 1483 entsprechende Vorschrift (§ 223).

Wir haben also nur die Wahl, aus dem deutschen Gesetzbuche zugleich mit der kurzen Verjährung auch die eben erwähnten Bestimungen über die Unterbrechung der Verjährung und über die Unverjährbarkeit der Hypotheken zu übernehmen oder aber, uns mit einer längeren Verjährungsfrist — etwa mit einer Frist von zehn Jahren — zufrieden zu geben. Auf zehn Jahre hinaus wird niemand auf Verjährung spekulieren, aber drei Jahre lang kann bald einer den Bettler spielen, um sodann, geschützt durch die Verjährung, mit fremdem Gelde ein behagliches Dasein zu beginnen.

B. Fehler durch leichtfertige Änderungen des Vorbildes begegnen fast in jedem Paragraphen des Entwurfes. Beispiele haben die bisherigen Kritiken in Menge gebracht. Jeder Leser, der sich die Mühe nimmt, den Entwurf mit dem deutschen Gesetzbuche zu vergleichen, wird sie mit Leichtigkeit vermehren können. Gewöhnlich bedeutet jede Abweichung vom deutschen Vorbilde eine Verschlechterung. Ich greife, um dies zu zeigen, den § 190 Entwurf heraus und vergleiche ihn mit § 416 des dtsch. B. G. B.:

a) Die Regeln des deutschen Gesetzbuches gelten für jede Veräußerung, unser Entwurf spricht nur von der Übernahme der Hypotheken auf den Kaufpreis. Was ist also Rechtens,

---

[1]) Dtsch. B. G. B. § 199; Krainz, System, § 141 bei Note 38, § 153 bei Note 8; Hasenöhrl, Obligationenrecht, II. S. 613 ff.

wenn beim Tausche oder bei der Schenkung die Hypotheken vom Erwerber zur Selbstzahlung übernommen werden? Sollen da andere Regeln gelten? Und ist es beim Kaufe wesentlich, daß die Schulden „auf den Kaufpreis“ übernommen, also angerechnet werden? Wie dann, wenn bei entsprechend geringerem Kaufpreise Schuldübernahme ohne Anrechnung vereinbart wird?[1]).

b) Nach dem deutschen Gesetzbuche ist die Übernahme genehmigt, wenn der Gläubiger die Mitteilung des Veräußerers nicht beantwortet. Nach unserem Entwurfe[2]) gilt das gleiche, auch wenn der Gläubiger dem Erwerber, also einem Unbekannten, nicht antwortet. Nun fühlen wir uns im allgemeinen nicht verpflichtet, Leuten zu antworten, mit denen wir nicht in Verbindung stehen; auf dieser Erwägung beruht ja auch Art. 323 H. G. B. Ein rechtsunkundiger Gläubiger kann daher unangenehme Überraschungen erleben.

c) Dazu kommt noch, daß die Mitteilung der Schuldübernahme nur nach deutschem Rechte den „Hinweis“ enthalten muß, daß der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der sechs Monate erklärt. Nach unserem Entwurfe aber wird der Gläubiger nicht mit dem Hinweise, sondern mit der „Wirkung“ aufgefordert, daß usf., d. h. unser Entwurf hält die Rechtsbelehrung für überflüssig. Wer Hypothekargläubiger sein will, soll Hypothekenrecht lernen!

d) Dafür verlangt unser Entwurf den Beisatz, daß der Schuldnerwechsel erst nach Einverleibung des Erwerbers eintrete. Nach dem deutschen Gesetzbuche entfällt dieser Beisatz, denn dort kann die Schuldübernahme dem Gläubiger erst nach der Eintragung mitgeteilt werden. Bei uns wird also der Gläubiger nach der Annahme des neuen Schuldners nicht mehr

[1]) Vgl. Hallbauer, Hypothekenübernahme in Anrechnung auf den Kaufpreis, im Sächs. Archiv für Rechtspflege, III. (1908), S. 97 ff. Dazu Stieckl, ebenda, S. 230 f. und Kretzschmar, ebenda, S. 281 ff.

[2]) Vgl. Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechtes in dem Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich, S. 49.

wissen, wer eigentlich sein Schuldner ist. Denn von der bücherlichen Übertragung wird er nicht verständigt. Er muß also, wenn er demnächst mahnen, Zinsen einkassieren, klagen will, zunächst das — vielleicht weit entfernte — Grundbuch einsehen. Und zu wie vielen Mißbräuchen wird dem Schuldner die Befugnis Gelegenheit geben, den Zeitpunkt des Schuldnerwechsels willkürlich zu bestimmen!

e) Das deutsche Gesetzbuch sagt: „Sobald die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, hat der Veräußerer den Erwerber zu benachrichtigen." Da nach unserem Entwurfe auch der Erwerber den Gläubiger verständigen kann, heißt es hier: „Sobald die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung[1]) feststeht, hat der Auffordernde den anderen Teil hiervon zu benachrichtigen." Wie also, wenn der Hypothekargläubiger vom Erwerber die Aufforderung erhalten, aber zur größeren Sicherheit — oder weil er die Adresse des Erwerbers nicht kennt — dem Veräußerer geantwortet hat?

In dieser Weise hat der Entwurf das deutsche Gesetzbuch verbessert. Man wird uns drüben im Reiche den dadurch erlangten Vorsprung gerne vergönnen.

§ 4. Eigenart des Entwurfes.

Der Entwurf bietet bald zu wenig, bald zu viel; seine Bestimmungen stehen oft mit Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches, oft miteinander im Widerspruche; sie stören hie und da die Ordnung des Gesetzbuches; ihre Fassung ist oft unklar, zuweilen sprachwidrig; die Erläuterungen sind unzulänglich und widersprechen nicht selten dem Texte.

All das ausführlich darzulegen, darf ich mir ersparen. Mängel dieser Art sind jedem Leser des Entwurfes bekannt, die bisher erschienenen Besprechungen liefern zahlreiche Proben

---

[1]) Mit Recht ist das deutsche „Genehmigung" beseitigt worden; dafür hätte aber wie im § 187 Entw. „Einwilligung" gesagt werden sollen. Unser b. G. B. kennt die „Zustimmung" nicht. Es unterscheidet zwischen „Einwilligung" und „Genehmigung" (vgl. besonders § 635 a. b. G. B.), aber anders als das dtsch. B. G. B. (§§ 183, 184).

davon. Anderseits wird die Herrenhauskommission gewiß dem Entwurfe jene technische Sauberkeit nachträglich verschaffen, deren Abgang einen so peinlichen Eindruck hervorgerufen hat.

Also nur wenige Bemerkungen.

A. Der Entwurf füllt nicht nur nicht die Lücken des bürgerlichen Rechtes, er schafft deren neue. So werden z. B. ohne Ersatz gestrichen: § 905 letzter Satz, § 1313 letzter Satz[1]), § 1407 (vgl. Schweizer Entw., Art. 1206). Auch die Beseitigung des § 1408 halte ich nicht für eine Verbesserung[2]). Fragen, die der gesetzlichen Lösung bedürfen, werden dem Verordnungswege vorbehalten, so daß man sich z. B. über den amtlichen Vormund (§ 49 Entw.) vorläufig noch gar kein Urteil bilden kann. Dafür bringt das Gesetz inhaltleere Sätze, die nicht einmal in einer Verordnung am Platze wären. Ich will von dem berüchtigten § 104 Entw. (Begründung des Heimfallsrechtes) schweigen, der nur in einem Lehrbuche — und zwar in einem schlechten — unterzubringen wäre. Aber was soll man zu dem weitschweifigen § 33, Abs. 2, sagen?

„Der Vormundschaftsrat ist ferner berechtigt, dem Gerichte diejenigen Maßregeln und Einrichtungen aus eigenem Antriebe (!) zu bezeichnen, die nach seinen Wahrnehmungen oder Erfahrungen, sei es allgemein, sei es im einzelnen Sprengel einzuführen wären, um die Zwecke der staatlichen Vormundschaftspflege besser zu erfüllen und den Pflegebefohlenen, insbesondere auch in bezug auf ihre persönliche Ausbildung und Entwicklung, alle Vorteile des staatlichen Schutzes zuteil werden zu lassen." Worte, nichts als Worte! All das mochte vielleicht vor hundert Jahren rechtliche Bedeutung haben. Aber heutzutage darf sich jedermann — und jede gesetzlich anerkannte Körperschaft — erlauben, den Behörden „aus eigenem Antriebe" Vorschläge zu machen (Petitionsrecht, Art. 11 des Staatsgrundgesetzes vom 21. De-

[1]) Krasnopolski, S. 21, v. Mayr in den Jur. Bl. 1908 Nr. 34.

[2]) A. M. Wellspacher, S. 31. § 1408 schneidet mutwillige Einwendungen gegenüber dem Forderungsübernehmer ab, s. Krainz, 4. Aufl., § 331 a. E.

zember 1867, Nr. 142 R. G. Bl.). Etwas anderes wäre eine Aufforderung an den Waisenrat (nicht im Gesetze, sondern in einem Erlasse, etwa einem Dienstunterrichte), diejenigen Maßregeln und Einrichtungen zu bezeichnen, die usf.

B. Die Widersprüche innerhalb des Entwurfes erinnern an jenen Gesetzentwurf des Servilius Rullus, den Cicero so scharf als erfolgreich bekämpft hat: „Et is orbem terrarum constringit novis legibus, qui, quod in secundo capite scriptum est, non meminit in tertio?" Hier einige Proben:

a) § 26 des Entwurfes gibt dem unehelichen Kinde, das im Hause des Vaters erzogen wird[1]), nach dessen Tode den Anspruch auf die gewohnte Verpflegung[2]) und zugleich dem Erben nach deutschem Muster (§ 1712) das Recht, das uneheliche Kind mit einem Pflichtteile abzufinden. Vom Standpunkte des deutschen Rechtes ist das ganz in der Ordnung, weil auch unversorgte eheliche Kinder sich mit dem Pflichtteile begnügen müssen. Allein der Verfasser der erbrechtlichen Bestimmungen (§ 102 und Erläuternde Bemerkungen S. 111 f.) gibt dem Ehegatten einen Unterhaltsanspruch, der den ganzen Nachlaß verschlingen kann, und läßt beim Zusammentreffen mit unterhaltsberechtigten Eltern oder Kindern verhältnismäßige Minderung eintreten. Die unterhaltsberechtigten Kinder stehen also dem Ehegatten gleich, sie sind nicht auf den Betrag des gesetzlichen Erb- oder Pflichtteiles beschränkt[3]). Danach erscheint nun das Abfindungsrecht des § 26 Entw. als eine Zurücksetzung der unehelichen Kinder. Das Wunderbarste aber ist, daß diese Zurücksetzung nur im Falle des

[1]) In völliger Verkennung der österreichischen Gepflogenheiten (§ 164 a. b. G. B., vgl. auch Ung. Entw. § 346) verlangt der Entwurf gerichtliche Anerkennung (oder Verurteilung).

[2]) „Die ihm bis zum Tode des Vaters gewährte Verpflegung und Erziehung"; vgl. den Anspruch der Witwe nach § 1243 a. b. G. B. Die erläuternden Bemerkungen haben hier wieder einmal den Entwurf gründlich mißverstanden. Sie verbreiten sich über einen Anspruch auf den anständigen Unterhalt usf., von welchem der Text schlechterdings nichts weiß.

[3]) Vgl. § 2 des schwedischen Gesetzes vom 21. Dezember 1857.

§ 26 Entw. („in diesem Falle") eintritt. Ist also das Kind nicht gerichtlich anerkannt worden, so kann es gemäß § 171 a. b. G. B. Verpflegung und Versorgung ohne Einschränkung fordern, ist es gerichtlich anerkannt worden, so muß es unter Umständen mit einer vielleicht sehr kleinen Abfindung[1]) vorlieb nehmen. Sollen also die Vormundschaftsbehörden auf die gerichtliche Anerkennung hinwirken (§ 22 Entw.) oder sie lieber zu verhüten suchen?

b) Auf den Widerspruch zwischen den §§ 99 und 105 Entw.[2]) würde ich nicht zurückkommen, wenn nicht einer der hervorragendsten Zivilisten den Entwurf gegen meinen Vorwurf in Schutz genommen hätte. § 105 entzieht der Einrechnung in den Nachlaß „Geschenke an dritte, nicht pflichtteilsberechtigte Personen, wenn die Leistung mehr als fünf Jahre hinter dem Erbanfall zurückliegt" und fügt sofort hinzu: „Bei Schenkungen an den Ehegatten beginnt die Frist nicht vor Auflösung der Ehe oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft." Nun ist der Ehegatte gemäß § 99 Entw. pflichtteilsberechtigt, das ist also wohl im § 105 übersehen worden. Steinlechner[3]) meint jedoch, der Entwurf setze im § 105 voraus, daß der Ehegatte im gegebenen Falle nicht pflichtteilsberechtigt sei. Danach würde der Gesetzgeber den aus seinem Verschulden geschiedenen Ehegatten besser behandeln, als den schuldlos geschiedenen (§ 98 Entw.) — ut aut lusisse in tantis rebus aut profecto nescio quid spectasse videatur (Cicero). Den pflichtteilsberechtigten Kindern und Eltern des Erblassers würde dessen Unschuld schaden! Nur von dem schuldlos geschiedenen Ehegatten könnte wann

---

[1]) Rätselhaft ist die Einrechnung der vertragsmäßigen Abfindung. Diese Bestimmung ist vermutlich durch Planck zu § 1712 angeregt worden, paßt aber nicht in den § 26 unseres Entwurfes. Hier handelt es sich ja gar nicht um ein abgefundenes Kind.

[2]) Jur. Bl. 1908, Nr. 8. Zustimmend Wellspacher, S. 45 („die Entgleisung im § 105 Entw."). Vgl. auch Touaillon in der Ztschr. f. Not. 1908, Nr. 30 („geradezu als Muster, wie Gesetze nicht gefaßt werden sollen").

[3]) Erbrechtsreform, S. 69, N. 25.

immer, auch nach fünfzig Jahren, Herausgabe des Geschenkes gemäß § 108 Entw. verlangt werden! War er aber klug genug, rechtzeitig auf sein Pflichtteilsrecht zu verzichten, dann haben allerdings die übrigen Noterben das Nachsehen. Ich denke von den Verfassern des Entwurfes nicht so gering wie Schiffner: ich mute ihnen lieber ein Versehen als solchen Widersinn zu.

c) Eine ganze Reihe von Widersprüchen ist im Rechte des Dienstvertrages (§§ 155 bis 180) von Wellspacher[1]) und E. Adler[2]) nachgewiesen worden: die einzelnen Bestimmungen stehen sowohl miteinander als mit dem bürgerlichen Gesetzbuche im Widerstreite. Man vergleiche etwa § 1155 a. b. G. B. mit § 145 und § 174 Entw.[3]) — oder § 159 mit § 161 in Verbindung mit § 178 — oder § 172 (nach der freilich sonderbaren Auffassung der erl. Bem. zu § 178) mit §§ 164 bis 169.

Bei der Regelung der Vorrangseinräumung (7. Titel) ist die Eigentümerhypothek (5. Titel) vergessen worden[4]), § 70 unseres Entwurfes stimmt nicht zu § 74 des Gesetzentwurfes über den Versicherungsvertrag[5]) u. dgl.

C. Über die äußere Form des Entwurfes ist heute wohl alle Welt einig.

Sie vor allem kennzeichnet ihn als eine flüchtige, noch unfertige Arbeit — von mehreren Verfassern stückweise hergestellt, von niemandem überprüft und ausgeglichen. Wie viele Verstöße hätten bei aufmerksamer Druckkorrektur noch beseitigt werden können! Man betrachte etwa den § 140 des Entwurfes, der sich durch seine eingeschnürte Gestalt so auffällig von allen anderen Paragraphen unterscheidet; oder man entsinne sich der kleinen stilistischen Fehler, von denen ich an

---

1) S. 24 ff.

2) Der Arbeitsvertrag im Entwurfe einer Novelle zum a. b. G. B.

3) Wellspacher, S. 22. Die Sache wird noch verwickelter, wo Spezialgesetze (§ 180 Entw.) eingreifen. Adler, S. 6 ff.

4) Krasnopolski, Die Änderung und Ergänzung, S. 14 f.

5) Unten § 15.

anderem Orte bereits hinlängliche Proben gegeben habe[1]. Auch die oft gewaltsame Durchbrechung der Ordnung unseres B. G. B.[2]) und die Nichtbeachtung der Rand- oder Überschriften[3]) sind Beweise der Flüchtigkeit. Das Nebeneinanderarbeiten mehrerer Verfasser läßt sich — wie bei den Institutionen Justinians — am leichtesten an der wechselnden Sprache erkennen. Da erklingt bald das traute Deutsch des a. b. G. B., bald gefällt ein neueres Aktendeutsch sich in seltsam gewundenen Perioden, bald endlich schnarrt die Sprache des dtsch. B. G. B. an das entsetzte Ohr.

a) Die Sprache des dtsch. B. G. B. bereitet nicht einmal den Lesern im Reiche Vergnügen; sie ist nicht schön[4]). Dafür ist sie wenigstens genau. Sie prägt Kunstausdrücke und bildet daraus ihre Sätze. Darin liegt vielleicht ein Vorteil. Was aber haben wir davon, wenn der Entwurf sich dem dtsch. B. G. B. so enge anschließt, daß die übernommenen Bestimmungen im Gefüge unseres eigenen Gesetzbuches „wie Fremdkörper wirken?"[5]) Was sollen uns Kunstausdrücke, die dem deutschen Gesetzbuche gehören, unserer Gesetzessprache aber fremd sind? Und doch spricht § 105 des Entwurfes von der „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft"; gemeint ist vermut-

---

[1]) Zeitschrift für Notariat Nr. 9; vgl. auch Burckhard in der Neuen Freien Presse vom 12. April 1908 und v. Mayr in den Jur. Bl. 1908 Nr. 36.

[2]) Steinlechner, S. 9, Note 1. Dazu etwa Wellspacher, S. 10 (oben) und die Abh. in den Jur. Bl. 1908, Nr. 5 (III) u. dgl.

[3]) Wellspacher, S. 6; v. Mayr a. a. O. Nr. 34. — Entw. § 18 verwandelt eine notwendige Entschuldigung (§ 194 a. b. G. B.) in eine freiwillige, läßt sie aber unter der alten Überschrift stehen.

[4]) Zu anspruchsvoll ist jedoch Jacobi, Die Sprache des B. G. B, in Gesetz und Recht 1908, S. 369 ff., 394 ff. Die „teilweise" Unmöglichkeit und die „teilweise" Erfüllung (vgl. auch Entwurf § 145) werden wir uns trotz Treitschke, Wustmann und Jacobi nicht mehr abgewöhnen. Unser altes a. b. G. B. weiß allerdings noch, daß „teilweise" (§§ 210 und 1415) nur Umstandswort ist.

[5]) Wellspacher, S. 5.

lich die Scheidung von Tisch und Bett[1]). § 72 übernimmt den Kunstausdruck „Einigung“[2]), § 79 den Kunstausdruck „Beurkundung“[3]). Ganz sonderbar berührt es uns, wenn die §§ 120 und 182 die Wendung „ohne Verzug“ in den entsprechenden Bestimmungen des H. G. B. (Art. 319) und des a. b. G. B. (§ 1405) nach deutschem Muster durch das Wörtchen „unverzüglich“[4]) ersetzen, das im deutschen Gesetzbuche überall als Kunstausdruck gebraucht und im § 121 ein für allemal erklärt ist. Gewiß, diese Änderung betrifft eine lächerliche Kleinigkeit. Aber warum erstreckt sich denn die Nachahmung sogar auf solchen Tand!

b) Ist es Schwerfälligkeit oder gar besondere Vorliebe, die so gerne mit Begriffspaaren arbeitet, wie z. B. „Vormund oder Kurator“, „Vormundschaft oder Kuratel“? Unser a. b. G. B. hat diesen zweispännigen Stil durch einen bekannten Kunstgriff vermieden: es redet zunächst vom Vormunde und verweist dann bei der Pflegschaft auf das früher Gesagte. So schließt z. B. § 193 a. b. G. B. den Gläubiger des Mündels (unter Umständen) von der Vormundschaft aus und diese Ausschließung gilt kraft der allgemeinen Verweisung im § 281 a. b. G. B. auch für die Pflegschaft. Der Entwurf läßt diesen verweisenden Paragraphen ruhig stehen, spricht aber doch im § 17 vom „Vormund oder Kurator“ und von der „Vormundschaft oder Kuratel“. Von derselben Art ist im § 10: „Vater (Wahlvater)“; die Nennung des Wahlvaters ist dank dem § 183, Abs. 1 a. b. G. B. ganz überflüssig. Ferner § 72: „Einverleibung oder Vormerkung“, als ob es sich nicht von selbst verstünde, daß die Einverleibung durch eine gerechtfertigte Vormerkung ersetzt wird. Oder im § 194, Z. 8:

---

[1]) Dafür spricht § 13 von einer „gerichtlich geschiedenen Ehe“. Sollen wir das Wörtchen „gerichtlich“ unbeachtet lassen oder sollen wir dabei etwa an die Überschrift des § 1264 denken? Vgl. auch § 100 Jur. Norm.

[2]) Krasnopolski, S. 14 f.

[3]) Schiffner, S. 3 f.

[4]) Vgl. v. Mayr a. a. O. Nr. 35 bei Note 95.

„Ärzte (Zahnärzte u. a.)'; daß ein österreichischer Zahnarzt ein Arzt ist, kann gewiß nicht bezweifelt werden.

c) Solchen allzu deutlichen Bestimmungen stehen ganz undeutliche gegenüber; schon jetzt begegnen in der Kritik weit auseinandergehende Auslegungen, gelegentlich sogar der Verzicht auf eingehende Erörterungen, weil sich nicht einmal für grundlegende Fragen eine sichere Entscheidung gewinnen lasse[1]). Das Übel wird durch die Unzulänglichkeit der erläuternden Bemerkungen verschärft; zuweilen scheint es, daß dem Verfasser der Erläuterungen ein anderer (vielleicht älterer) Text als der veröffentlichte, vorgelegen ist, oder daß er den Text durchaus mißverstanden hat. Nach den erläuternden Bemerkungen (S. 155) verjährt der „Anspruch aus der Annahme der Anweisung" in drei Jahren; das entspricht genau dem Wortlaute des deutschen Gesetzbuches § 786. Aber das ist ja im § 184 des Entwurfes geändert. Hier heißt es: „Die Ansprüche (Mehrzahl!) aus einer Anweisung (nicht: Annahme) verjähren in drei Jahren". Was für Ansprüche sind gemeint? Andere Beispiele eines Widerspruches zwischen dem Texte und den erläuternden Bemerkungen bieten §§ 26[2]), 53[3]), 117[4]), 139[5]) und 178[6]).

---

[1]) Wellspacher, S. 48; vgl. auch Kafka, Die sachenrechtlichen Bestimmungen im Entwurfe usf. Sonderabdruck aus Gellers Z. Bl. 1908 S. 12.

[2]) Oben S. 20 Note 2.

[3]) Wellspacher, S. 35.

[4]) Wellspacher, S. 8.

[5]) Wellspacher, S. 16.

[6]) Wellspacher, S. 27; Adler, S. 51.

II. Die Sozialpolitik des Entwurfes.

§ 5. Die Frauen.

Die Société de législation comparée hat sich am 26. Februar l. J. mit der vermögensrechtlichen Stellung der Ehefrau in Österreich sehr eingehend beschäftigt. Der Berichterstatter Marcel Sauvagnac[1]) bemerkt: „Le code autrichien crée à la femme la liberté la plus étendue et une capacité entière d'acquérir, d'administrer, de disposer de ses biens". Professor Thaller[2]) findet in unserem Güterrechte quelque chose de légèrement outrecuidant. Es ist freilich merkwürdig, daß bei uns der Mann den standesmäßigen Unterhalt einer reichen Frau aufbringen und allein die gemeinsamen Kinder erhalten und versorgen muß, während es der Frau freisteht, ihr Einkommen nach Gutdünken zu verwenden oder anzusammeln; nicht einmal die selbstverständliche Pflicht[3]), den erwerbsunfähigen Mann zu erhalten, hat unser Gesetzbuch der Frau auferlegen wollen. Dennoch sind die Frauen bei uns nicht besser daran als anderwärts. Denn für die große Masse kommt das gesetzliche Güterrecht kaum in Betracht. Die Frau, weit entfernt, die gleichberechtigte Genossin des Mannes zu sein, ist nicht selten seine Sklavin. Was sie erwirbt, erwirbt sie ihm, zufrieden, wenn er ihr gestattet, das Erworbene für den gemeinsamen Haushalt zu verwenden.

---

1) Bulletin mensuel, p. 203 bis 232.

2) Ebenda, S. 233.

3) Krainz, System, 4. Aufl. § 440 bei Note 8. Sauvagnac a. a. O., S. 206.

Das Kreisgericht Suczawa hat eine Frau von einem Verbrechen losgesprochen, das sie auf Geheiß ihres Mannes begangen hatte[1]). „Für die Freisprechung war die Erwägung maßgebend, daß die bäuerliche Landbevölkerung der Bukowina die Herrschaft des Mannes in weit ausgeprägterer Form anerkennt als die städtische. Auf dem Lande gelte die patria potestas in ihrer potenziertesten Strenge und der Wille des Hausherrn dulde keinen Widerspruch, am wenigsten von Seite des ihm in sklavischer Ergebenheit unterwürfigen Weibes, das in den Händen des Ehemannes zum Werkzeuge wird, beraubt des letzten Restes eigenen Willens.“ Auch bei den Bauern der westlichen Länder unserer Monarchie ist nach der richtigen Bemerkung Wellspachers[2]) der Mann „ein völlig autokratischer Herrscher“ und auch darin hat Wellspacher Recht, daß es nicht die Aufgabe des Gesetzes ist, den Bauern modern zu machen[3]).

Die „paritätische Ehe“ läßt sich nicht durchsetzen. Aber gegenüber dem Mißbrauche der Gewalt darf die Gesetzgebung nicht gleichgiltig bleiben. Sie darf ihr Ohr nicht dem Jammer all der unglücklichen Weiber verschließen, die gezwungen sind, in harter Arbeit und unter Vernachlässigung ihrer Mutterpflichten arbeitsscheue Trunkenbolde zu erhalten.

Viel kann freilich das bürgerliche Recht zum Schutze der mißhandelten und ausgebeuteten Frauen nicht beitragen. Den ärgsten Mißbräuchen könnte immerhin eine Änderung des § 93 a. b. G. B. steuern. Das Gesetz sollte der Frau gestatten, die eheliche Gemeinschaft eigenmächtig aufzuheben, wenn der Mann ihre körperliche Sicherheit oder ihr wirtschaftliches Auskommen gefährdet. Vgl. schweizer. G. B., § 170, Abs. 1, dtsch. G. B., § 1353[4]).

---

[1]) Entscheidungen des Kassationshofes, N. F., IX, Nr. 3377 (21. Oktober 1907!).

[2]) Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 260.

[3]) A. a. O., Note 7.

[4]) Vgl. Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, Archiv f. bürg. Recht, Bd. 26, S. 54 ff.

Der Entwurf weiß von dieser Not nichts. Dafür erfüllt er in reichem Maße die Wünsche der „Frauen", d. h. der Vereinsdamen[1]); die Vereinsdame ist ihm zugleich das Musterbild heutiger Weiblichkeit. In den erläuternden Bemerkungen zu § 5 (Zeugnisfähigkeit der Frauen) wird uns die veränderte Stellung der Frau zu Gemüte geführt: „Frauen beteiligen sich am Vereinsleben und immer mehr tritt das Streben zutage, den jungen Mädchen eine umfassende und gründliche Ausbildung zu gewähren." Also die Mädchengymnasien und Lyzeen sind auch nicht vergessen! Vergessen ist nur das Volk, die große Masse.

Man wird gleichwohl die Zulassung der Frauen zum Formzeugnisse und zur Vormundschaft billigen können. Schon das b. G. B. hat sie — aus zwingenden Gründen — zu beidem, wenn auch nur ausnahmsweise, berufen. Will man nun, statt die Ausnahmen zu vermehren, gleich die ganze Regel umstoßen, so wird doch das Leben selbst diese Regel stillschweigend wieder herstellen. So ist es ja auch im Deutschen Reiche. Die Vormünderinnen haben sich dort bisher trefflich bewährt[2]), sie sind aber auch nicht allzu häufig. Das verraten die preußischen Ministerialverfügungen von 1906[3]), indem sie eine ausgedehntere Heranziehung der Frauen und zugleich die Belehrung der Waisenräte empfehlen, denen anscheinend die Möglichkeit, geeignete Frauen zur Vormundschaft heranzuziehen, vielfach noch nicht recht zum Bewußtsein gekommen sei.

Allerdings kann nach dem deutschen B. G. B. die uneheliche Mutter nicht gegen ihren Willen zur Vormünderin des Kindes bestellt werden, während unser Entwurf sie ebenso wie das französische Gesetz vom 2. Juli 1907 zur Übernahme der Vormundschaft zwingt. Es kann ihr also die erbetene Unter-

---

[1]) Die erläuternden Bemerkungen berufen sich auf Eingaben des Allgemeinen österr. Frauenvereines, des Bundes der österr. Frauenvereine und des Vereines Frauenbund in Brünn.

[2]) Das ergibt sich aus literarischen Äußerungen; auch ist es mir auf Anfrage von deutschen Praktikern bestätigt worden.

[3]) Bei Endemann, Lehrbuch, § 219, N. 6.

stützung durch einen Vormund versagt werden[1]). Damit wäre der Schwierigkeit, geeignete Vormünder aufzutreiben, gründlich abgeholfen — aber doch nur auf dem Papier[2]). Selbst ein lässiger Vormund ist besser als gar keiner.

Der dritte Titel — Berufung von Frauen zur Vormundschaft — entspricht übrigens nicht einmal dem doktrinären Standpunkte der Frauenvereine. Er enthält nämlich Bestimmungen über die Mitvormundschaft (§ 15), die den Geschlechtsunterschied aus ganz unerfindlichen Gründen stark betonen. Nur einer Frau muß in gewissen Fällen ein Mitvormund beigegeben werden und der Mitvormund muß durchaus ein Mann sein. Einer Vormünderin wird also entweder ein männlicher Mitvormund zur Seite gestellt oder gar niemand. Das deutsche Gesetzbuch (§ 1792) ist an dieser Wunderlichkeit unschuldig.

Helle Willkür ist es, daß der Vater im letzten Willen zwar seiner Frau, dagegen nicht z. B. seiner Schwester einen Mitvormund beigeben kann (§ 15, Z. 1). Und was sagen denn die einflußreichen Vereine dazu, daß im § 198 a. b. G. B. nur die Worte „männlichen Geschlechtes“ wegfallen sollen (Entw. § 12), daß die Vormundschaft also auch in Zukunft zuerst dem väterlichen Großvater und dann erst der Mutter anvertraut werden soll[3]), obwohl die Sorge für Unterhalt und Erziehung des Mündels nach dem Vater, also noch vor dem Großvater der Mutter obliegt (§ 143 a. b. G. B.)?

§ 6. Die Kinder.

Über den Vormundschaftsrat (8. Titel) und über den amtlichen Vormund (11. Titel) kann man sich vorläufig kein

[1]) Auf Beigebung eines Mitvormundes hat sie — aber nur im Notfalle — Anspruch nach § 15, Z. 4 Entwurf.

[2]) Vgl. Schauer in den Schriften des Kinderschutzkongresses II, S. 55.

[3]) Der Vorzug des Großvaters, der uns so sonderbar anmutet, hängt mit einer längst aufgehobenen Anordnung des Ehepatentes von 1783 (§ 3) und mittelbar mit römischrechtlicher Überlieferung zusammen. Vgl. v. Harrasowsky, Entw. Hortens, S. 79, N. 9.

Urteil bilden. Der Entwurf verbreitet sich weitläufig über allerlei Nebensachen, die besser einem Dienstunterrichte hätten vorbehalten werden sollen, überweist aber die Lösung wichtigerer Fragen ausdrücklich dem Verordnungswege. Der Grund kann entweder darin liegen, daß die Regierung nicht recht weiß, was sie will, oder — wahrscheinlicher — darin, daß sie um gewisse autonomistische Bestrebungen herumzukommen sucht, die dem Lande und der Gemeinde einen angemessenen Einfluß auf den Kinderschutz wahren wollen[1]). So bleibt es der Verordnung vorbehalten (§ 43), die zur Ernennung des Vormundschaftsrates berufene Stelle (§ 40, letzter Abs.) zu bezeichnen. Eine Verordnung wird vielleicht dem Vormundschaftsrate die Zuweisung von Ziehkindern an Privatpersonen übertragen[2]); es sind aber — merkwürdig genug[3]) — „anderweitige gesetzliche Anordnungen" ausdrücklich vorbehalten. Denn „allenfalls könnte auch ein anderes Organ (Gemeinde) mit der Erteilung der Konzession betraut werden"[4]).

Von der „Bestellung eines amtlichen Vormundes" erfahren wir im § 49 so gut wie nichts. Hier ist alles dem Verordnungswege vorbehalten. Vielleicht haben wir uns unter dem amtlichen Vormunde ein „besonderes staatliches Organ" zu denken. Vielleicht wird ein „zur Führung der Vormundschaft geeignetes Organ der öffentlichen Verwaltung" dazu berufen; unbestimmter kann man sich nicht mehr ausdrücken[5]). Aber vielleicht wird die amtliche Vormundschaft einfach dem Vormundschaftsrate übertragen werden. Alles das ist nach § 49 möglich. Sicher ist nur, daß die Regierung die Entscheidung der Gesetzgebung nicht anvertrauen will.

---

[1]) Vgl. Schriften des Ersten österr. Kinderschutzkongresses, I, S. 5 (Riether), S. 75 (Weiskirchner).

[2]) Entwurf § 40, vgl. Schriften des Kinderschutzkongresses, II, S. 13 (Riether), S. 136 (Schauer).

[3]) Krasnopolski, S. 9

[4]) Erl. Bem., S. 81.

[5]) Im zweiten Absatze des § 49 ist schlechtweg von „staatlichen oder öffentlichen Organen" die Rede. Sind denn die staatlichen Organe nicht auch öffentliche Organe?

Besonderer Erörterung bedürfen die Verhältnisse der Pflegekinder. Auf die entgeltliche Pflege bezieht sich außer dem leeren § 34 noch die recht bedenkliche Verjährungsvorschrift des § 194, Z. 5. Die Motive zum dtsch. B. G. B. (I, S. 301) bezeichnen sie als einen heilsamen Schutz „vor unberechtigten, oft alles Maß übersteigenden Ansprüchen, mit denen Pfleger namentlich dann hervortreten mögen, wenn die hinsichtlich der Beerbung oder sonstiger besonderer Vergütungen gehegten Erwartungen sich nicht erfüllt haben". Wie steht es aber mit berechtigten Ansprüchen? Übrigens läßt sich die Bestimmung leicht umgehen; die Verjährung beginnt ja erst mit der Fälligkeit und der Pfleger hat eben eine Entlohnung erst bei Beendigung der Pflege erwartet.

Auf die unentgeltliche Pflege bezieht sich § 11 des Entwurfes:

„Wenn eine dem Kinderschutze oder der Kinderfürsorge gewidmete Anstalt oder ein solcher Verein ohne Entgelt die Pflege und Erziehung eines vernachlässigten oder verwahrlosten oder eines Kindes übernommen hat, dem die Eltern die notwendige Aufsicht und Erziehung nicht gewähren können, kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag der Leitung der Anstalt oder des Vereines nach Untersuchung des Falles und nach Anhörung der Eltern des Kindes aussprechen, daß das Kind vor Beendigung seiner Erziehung nur mit Zustimmung des Gerichtes der Anstalt oder dem Verein gegen ihren Willen abgenommen werden kann."

Die erläuternden Bemerkungen (S. 68) berufen sich mit einer ihnen eigentümlichen Wendung[1]) auf die französische und englische Gesetzgebung. Tatsächlich liegt unserem § 11 der § 38 eines von Reicher dem Ersten österreichischen Kinderschutzkongresse vorgelegten Entwurfes[2]) zugrunde, und Reicher ist es, der

[1]) „Dieses Begehren ist, wie das Vorbild der französischen und englischen Gesetzgebung zeigt, begründet." Als verstünde es sich bei einem ausländischen Gesetze von selbst, daß es allen Anforderungen entspreche!

[2]) Schriften, II, S. 223 f.

in seinem „Motivenbericht“ auf das französische Gesetz vom 24. Juli 1889, Titel II, §§ 17 und 19 und auf die englische Custody of children Act 1891 verweist[1]). Hier wird es als Zweck des französischen Gesetzes bezeichnet, zu ermöglichen, „daß Eltern, welche unfähig sind, ihren Kindern ein Mindestmaß von Aufsicht und Erziehung zuteil werden zu lassen und welche infolgedessen im Interesse der Kinder deren Pflege und Erziehung der privaten Wohltätigkeit, also (!) Privatanstalten oder Vereinen übertragen haben, über Antrag der nunmehrigen Erzieher diesen vor Gericht auch die Ausübung ihrer Erzieherrechte bis zur Vollendung des Erziehungswerkes übertragen, so zwar, daß diese Erziehung gegen die Störung durch unzeitgemäße Rückforderung der Kinder durch die Eltern geschützt wird.“ „Den gleichen Zweck verfolgt die englische Custody of children Act 1891.“ Nun beschränkt sich aber weder das französische noch das englische Gesetz auf den Fall der unentgeltlichen Pflege durch Vereine oder Anstalten. Nach dem französischen Gesetze[2]) können die Eltern auch einer Privatperson, die sich im Vollgenusse der bürgerlichen Rechte befindet, ihre Befugnisse übertragen. Und ganz ebenso verhält es sich auch — was Reicher übersieht — nach dem geltenden österreichischen Rechte. Es ist nicht wahr, daß die elterliche Gewalt unverzichtbar ist. Sie ist freilich „wie Recht so auch Pflicht“[3]). Aber von der Pflicht können die Eltern durch das Gericht im Namen des Kindes entbunden werden, soferne dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist[4]). Dafür spricht auch § 186 a. b. G. B.: der Pflegevertrag kann die Rechte des Pflegekindes schmälern, nur bedarf er, wenn dies der Fall

---

[1]) Schriften II, S. 264, vgl. auch Reicher ebenda S. 101 f. und Fürsorge für die verwahrloste Jugend I, 2, S. 204, 3, S. 30, III, 1, S. 28.

[2]) Nur dieses, nicht das wesentlich verschiedene englische Gesetz ist als Vorbild des Reicherschen Entwurfes und mittelbar unserer Regierungsvorlage anzusehen.

[3]) Dernburg, Bürg. R. IV, § 81.

[4]) Krainz, System, 4. Aufl., § 462 bei Note 22.

sein soll, der gerichtlichen Genehmigung. Dies ist denn auch der Standpunkt unserer Praxis. Entscheidung vom 7. Oktober 1903, Slg. VI, Nr. 2458 genehmigt den Verzicht des Vaters auf die väterliche Gewalt. Eine Entscheidung des Wiener Oberlandesgerichtes vom 24. April 1889, Z. 5831[1], genehmigt einen Pflegschaftsvertrag, in welchem die Mutter auf die Rückforderung ihres Kindes verzichtet. Also was in Frankreich 1889 eingeführt worden ist, das ist bei uns schon lange rechtens und der Entwurf mit seiner sonderbaren Einschränkung des Rechtssatzes auf Anstalten und Vereine bedeutet nichts anderes als einen Rückschritt.

Eines aber hätte der Entwurf den Pflegekindern gewähren sollen: das gesetzliche Erbrecht — nicht neben, aber doch nach den ehelichen Kindern oder zum mindesten beim Abgange aller Verwandten und des Ehegatten. Die Pflegekinder gehören ja doch zu den nahen Angehörigen; nicht nur § 152 St. P. O. und § 20 Jur. N., auch § 53 unseres Entwurfes zählt sie zur Familie. Ist es nicht unerträglich, wenn der Nachlaß des verwandtenlosen Mannes, des Mannes, der keine andere Angehörigen als die geliebte, im Wohlstande erzogene Pflegetochter hinterlassen hat, ihr genommen und dem Fiskus zugewiesen wird, während sie selbst sich fortan als Dienstbote fortbringen muß? Hinausgestoßen aus dem Hause, das ihr zum Vaterhause geworden ist, bloß weil der Unselige sich nicht rechtzeitig entschlossen hat zu testieren![2])

Und ist es gerecht, daß wir beim früheren Tode des verwandtenlosen Pflegekindes lieber dem Fiskus als dem Pflegevater ein Vermögen überlassen, das vom Pflegevater selbst geschenkt oder doch durch seine Opferwilligkeit geschont und zusammengehalten worden ist?[3]) Je engherziger unsere Vor-

[1]) Mitgeteilt in der G. Z. 1892, Nr. 10.

[2]) Ich habe einen solchen Fall erlebt. Vgl. meine Abh. über die „österr. Erbfolgeordnung" in der Ztschr. f. Notariat 1903. Zustimmend Touaillon, Die erbrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes, ebenda 1908, Nr. 27.

[3]) Vgl. dagegen den Vorschlag Zeillers bei Ofner, Prot. I, 170; v. Vittorelli in den Schriften des Kinderschutzkongresses, II, S. 27.

schriften über die Annahme an Kindesstatt sind[1]), je mehr sie dieses Geschäft auf gewisse seltene und nicht immer einwandfreie Fälle beschränken, desto notwendiger ist eine verständige, dem Volksempfinden entsprechende Behandlung des Pflegeverhältnisses.

§ 7. Die Arbeiter.

Den Arbeiterschutz hätte der Entwurf so weit als möglich den Sondergesetzen (der Gewerbeordnung usf.) anvertrauen sollen. Ein „Dienstvertrag", der im schweren Panzer des zwingenden Rechtes einherhinkt, kann mit dem freien Werkvertrage nicht Schritt halten. Hier wird einmal der irdene Topf den eisernen zerbrechen. Die Grenze zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag ist ja unsicher genug[2]). Wird sich nun herausstellen, daß die zwingenden Sätze des Entwurfes auf dieses oder jenes Arbeitsverhältnis nicht passen, dann wird man sich deshalb allein schon für die Marke „Werkvertrag" entscheiden. „Soll es nichtig sein", fragt Wellspacher (S. 26) angesichts des § 158, „wenn ich mit meinem Hausarzte vereinbare, daß das Entgelt von 1000 Kronen am Schlusse des Jahres zu entrichten sei?" und ein Praktiker antwortet darauf schon jetzt: das Pauschale fließe nicht aus „einem Dienstvertrag im Sinne der Novelle"[3]). Zwingendes Recht fordert scharfe Abgrenzung!

Wie wunderlich doch dieser Panzer des Zwangsrechtes gearbeitet ist: an den Gelenken hemmt das Eisen jede Bewegung und dort, wo der Schutz am notwendigsten ist, hat der Panzer ein Loch! Gerade § 172 Entwurf soll nicht zwingen[4]), während z. B. § 162 dem Dienstgeber zwingend vorschreibt, die zum Schutze des Dienstnehmers erforderlichen Gerätschaften auf eigene Kosten herzustellen. Der Bergsteiger

---

[1]) Vgl. Albert Ehrenzweig, Das Verbot der Adoption des eigenen unehelichen Kindes, in der G. Z. 1908, Nr. 19. Zu bedauern ist auch, daß die Alterserfordernisse nicht nachgesehen werden können. Vgl. dagegen dtsch. B. G. B., § 1745 und schon A. L. R. II, 2, § 669.

[2]) Vgl. Wellspacher, S. 24.

[3]) Grünberg, Der Dienstvertrag, S. 36, N. 57.

[4]) E. Adler, Der Arbeitsvertrag, S. 51; Wellspacher, S. 27.

muß also dem Führer Bergstock, Steigeisen, Rettungsseil, wohl auch die Nägel für das Schuhwerk, wenn nicht gar — bei Gletscherfahrten — warme Kleider auf eigene Kosten liefern. Aber nicht doch, wird man sagen, der Vertrag mit dem Bergführer ist ja ein Werkvertrag[1]), er ist zum mindesten kein „Dienstvertrag im Sinne der Novelle“!

Auch das Beispiel Wellspachers, der Vertrag mit dem Dachdecker (S. 26), betrifft einen Werkvertrag. Bleibt also nur die Frage, ob der zwingende § 162 wenigstens im Verhältnisse zwischen dem Dachdeckermeister und seinem Gehilfen gelte; aber mit dieser Frage geraten wir in das tiefe Dunkel des § 180[2]).

Sehr merkwürdig wird der Vertragsbruch des Dienstnehmers behandelt. Der Schauspieler, der den Bühnenleiter mitten in der Spielzeit im Stiche läßt, ersetzt nicht den vollen Schaden, zahlt auch nicht die bedungene Vertragsstrafe, sondern findet den Bühnenleiter mit dem Gehalte ab, den er selbst bis zum Ablaufe der Vertragsdauer hätte verdienen können (§ 173). Ist er also anderwärts mit erheblich höherem Gehalte angestellt worden, so wird er die Folgen des Vertragsbruches sehr leicht ertragen können. Allein dem Bühnenleiter bleibt ein Trost: neben dem übersozialen materiellen Rechte steht ja das barbarische Prozeßrecht, das im § 354 E. O. — von den sozialistischen Doktrinären übersehen — noch einen Rest der Sklaverei gerettet hat[3]); dem Schauspieler droht Haft, er wird sich daher, um dieser zu entgehen, zu ausreichender Entschädigung verstehen. Und noch ein zweiter Trost: die Gerichte werden ja voraussichtlich auch den Schauspielervertrag nicht als „Dienstvertrag im Sinne der Novelle“ gelten lassen.

Weiter soll auf die von Wellspacher, Adler und Grünberg überzeugend nachgewiesenen Mißgriffe im Rechte

[1]) Dagegen — für das deutsche Recht — Martins, Der Bergführervertrag. 1906.

[2]) Vgl. Adler, S. 10 f.

[3]) Vgl. dagegen dtsch. Z. P. O. § 888, Abs. 2, Code civil, Art. 1142.

des Dienstvertrages nicht eingegangen werden. Nur einer Bestimmung sei gedacht, die in einem anderen — dem letzten — Abschnitte des Entwurfes vorkommt. Dienstesbezüge sollen nach § 194, Z. 7 des Entwurfes in drei Jahren verjähren. Das gilt — der Entwurf sagt es ausdrücklich — auch für den Lohn der Dienstboten. Gegenwärtig tritt nach drei Jahren nur die Vermutung der Zahlung ein. Kann der Dienstbote beweisen, daß er seinen Lohn nicht empfangen hat, so kann er bis zum Ablaufe der ordentlichen Verjährungszeit wann immer seine Forderung geltend machen (Hofkanzleidekret vom 10. April 1839, Nr. 355). In Zukunft wird er trotz dieses Nachweises mit seinem Anspruche abgewiesen werden. Das ist das einzige Neue, das der Entwurf den Dienstboten beschert.

§ 8. Die Agentenfrage.

Zur Ausbeutung der Massen dient das Massengeschäft. Hier ist der unmittelbare Verkehr zwischen Unternehmer und Kundschaft ausgeschlossen. Zwischen beide schiebt sich das provisionshungrige Heer der Agenten und deckt den Geschäftsherrn. Der Agent kann mit den unlautersten Mitteln arbeiten, durch verbrecherischen Betrug kann er die Unterschrift des Bestellscheines erschleichen — der Unternehmer weiß davon nichts, er will davon nichts wissen; das ist sein Vorteil. So ist „sein Wüten gleichwie das Wüten einer Schlange, wie eine taube Otter, die ihr Ohr zustopft“.

Die Agentenfrage ist eine Frage von ungeheurer Bedeutung. Daß unserer Gesetzgebung, die so gerne das Modebeiwort „sozial“ für sich in Anspruch nimmt, das Verständnis für diese Frage noch immer nicht aufgegangen ist, gereicht ihr nicht zur Ehre. Nur gegenüber den Ratengeschäften hat sie sich einmal zu einer allerdings unklaren Bestimmung (§ 8, Ratengesetz) aufgerafft. Dafür bemüht sie sich jetzt im Entwurfe eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag der bestehenden gerechten Praxis[1]) ein Ende zu machen, um die Versicherten dem Agentenbetrug schutzlos preiszugeben.

[1]) Entsch. Slg. Nr. 10402, 13188, I 109, III 870, VII 2652, VIII 3056. Übereinstimmend die englische Praxis; vgl. den lehrreichen

Gegen diese Neuerung und gegen die Verschlechterung unseres trefflichen Irrtumsrechtes überhaupt habe ich mich in einer besonderen Abhandlung[1]) ausgesprochen. Ich muß mich deshalb auf den Wunsch beschränken, das dort Gesagte möge das Gewissen unserer Gesetzgeber aufrütteln und wenigstens eine Verschlechterung des heutigen Rechtszustandes von uns abwenden.

Auch die neue Bestimmung über den Wucher (§ 128, Z. 4) wird an den Agenten scheitern. Der Vertrag ist nichtig, „wenn jemand den Leichtsinn oder die ihm bekannte Notlage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung Gegenleistungen versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistungen[2]) in auffälligem Mißverhältnisse steht".

Dem Agenten ist die Notlage bekannt, aber er läßt nicht „sich oder einem Dritten" etwas versprechen, da er den Vertrag überhaupt nicht abschließt; er übernimmt nur den unterschriebenen Antrag (Bestellschein usf.) zur Beförderung. Der Geschäftsherr aber weiß zwar im allgemeinen, daß seine Agenten fremde Notlage, Unerfahrenheit usf. gerne ausnützen, daß dies aber im einzelnen Falle geschehen sei, weiß er nicht. Danach wäre also gerade dem mit Hilfe von Agenten im großen betriebenen Sachwucher nicht beizukommen.

Ich schlage vor, den Beisatz „ihm bekannte" wegzulassen, der sich auf den Leichtsinn ohnehin nicht bezieht. Dann wird die Praxis in der Lage sein, das Wissen des Agenten dem Wissen des Geschäftsherrn gleichzustellen, wie dies ja auch im Deutschen Reiche, unbeirrt durch die Einsprache der Theoretiker, einsichtige Richter tun. In einem Urteile des Oberlandesgerichtes Hamburg vom 9. Dezember 1903[3]) heißt

---

Fall bei Anson-Prochownik, Grundzüge des englischen Vertragsrechtes, S. 406.

[1]) Grünhuts Ztschr. 1908. S. 613 ff., insbesondere über Irreführung durch Agenten: S. 627 ff.

[2]) Zuerst „Leistung", nun „Leistungen"!

[3]) Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung, VIII, 1, 422.

es: „Die Ansicht, daß der § 138² eine **bewußte** Ausbeutung der Unerfahrenheit zc. des anderen voraussetze (**Düringer-Hachenburg**, 2, S. 43; **Hachenburg**, Vorträge, S. 16; **Dernburg**, 1, S. 382; **Planck**, § 138, N. 3), führt gerade auf dem regelmäßigen Anwendungsgebiet des § 138² zu befremdlichen Ergebnissen[1]). Die Bestimmung würde danach versagen, wenn eine Partei sich bei der Herbeiführung eines Geschäftsabschlusses eines Gehilfen bedient, dieser die Gegenpartei bewußt bewuchert, der Geschäftsherr hiervon nichts weiß und das Geschäft selbst abschließt. Jene Ansicht findet denn auch im Gesetze keine Stütze. Nach dem Wuchergesetze war die Ungiltigkeit die Folge eines strafrechtlichen Verbotes. Der § 138² steht mit einem solchen in keinem Zusammenhang. Was für die Auslegung des Wuchergesetzes galt, kann daher nicht ohne weiteres für die Auslegung der geltenden Vorschrift verwertet werden. Diese besagt, daß jemand sich die näher bezeichneten Vermögensvorteile unter „Ausbeutung" der Gegenpartei versprechen oder gewähren lassen müsse. Das trifft zu, sobald die eine Partei aus der Unerfahrenheit zc. der anderen ihren — vom Gesetze mißbilligten — Nutzen zieht, ihre Beute gewinnt. Daß das bewußt, absichtlich oder vorsätzlich geschehen müßte, wird nicht angedeutet. Der § 59 Str. G. B.[2]) gilt im Bereiche des B. G. B. nicht. Auch sonst ist im Zivilrecht keine Bestimmung zu finden, nach der Bewußtsein oder der Vorsatz zu erfordern wäre. Es erscheint auch richtig, daß das Strafrecht ein Rechtsgeschäft nur dann für strafbar erklärt, wenn

---

[1]) Dtsch. G. B. § 138, Abs. 2: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen."

[2]) „Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen."

der verbrecherische Vorsatz vorliegt, daß das Zivilrecht ihm aber die Wirksamkeit versagt, wenn der objektive Sachverhalt es des Rechtschutzes unwürdig erscheinen läßt."

So muß der § 138 des dtsch. B. G. B. ausgelegt werden, wenn er eine ernste Waffe gegen den Sachwucher, nicht ein bloßer Theaterdolch sein soll; wäre diese Auslegung wirklich „unrichtig"[1]), dann müßte eben das Gesetz entsprechend geändert werden. Die ärgste Verkehrtheit aber wäre eine Fassung (Entwurf § 128), die jene Auslegung und damit auch die Möglichkeit geradezu ausschlösse, dem Massen-Wuchergeschäfte beizukommen.

Auch von diesem wichtigsten Punkte abgesehen, kann die Fassung des § 128, Z. 4 nicht befriedigen. Statt „Gegenleistungen versprechen oder gewähren" sollte es etwa heißen: „Zugeständnisse machen". Ferner wären neben Leichtsinn, Notlage usf. auch Abhängigkeit und Zutrauen zu nennen. Dadurch würde die Aufzählung freilich noch länger, ohne doch alle erdenklichen Angriffspunkte des Wuchers mit Sicherheit zu umfassen. Vielleicht gelingt es, die ganze Aufzählung durch eine allgemeine Regel zu ersetzen, die den Grundgedanken ausspricht: Verbot der übermäßigen Ausbeutung persönlicher Verhältnisse, die dem einzelnen beim Vertragsschlusse die Wahrung des eigenen Vorteiles unmöglich machen.

§ 9. Die Formvorschriften.

Zwei Feinde hat das Rechtsgeschäft: die Fiktion und den Formalismus. Jene behandelt das Schweigen, als ob es ein Reden wäre, und dieser das Reden, als ob es ein Schweigen wäre. Beide Feinde sehen wir im Entwurfe an der Arbeit.

1. Nach der ungeheuerlichen Vorschrift des § 119 soll in Zukunft das Stillschweigen als Annahme gelten, wenn der Antragsteller auf eine Annahmeerklärung verzichtet hat. Danach werden sich „geschäftsgierige Händler gewiß beeilen, die rechtsunkundige Bevölkerung mit Anträgen auf Lieferung unnützer Waren zu überschwemmen und den Abschluß durch aus-

---

[1]) Kohler, Bürg. Recht, II, S. 101.

drücklichen Verzicht auf die Annahmeerklärung zu erleichtern. Gilt infolge dieses Verzichtes das Schweigen als Annahme, so werden zweifellos mindestens neunzig Prozent der Überfallenen in der Schlinge hängen bleiben und die Ware beziehen und bezahlen müssen"[1]). Wird man hier durch Stillschweigen zum Schuldner, so kann man nach §§ 143, 144 durch Stillschweigen aufhören Gläubiger zu sein[2]) und nach § 190 wieder durch bloßes Stillschweigen statt des alten Schuldners einen neuen bekommen[3]).

2. Derselbe Entwurf, der an das Schweigen so wichtige Wirkungen knüpft, hält es für unerläßlich, neue Formvorschriften und damit eine neue Gefahr für vertrauensselige oder rechtsunkundige Leute zu schaffen. Die schlimmste Neuerung ist die aus dem dtsch. B. G. B. (§ 766) herübergenommene Schriftlichkeit der Bürgschaft[4]). Mit beredten Worten hat Dove in seinem Gutachten für den 22. Juristentag[5]) vor dieser Formvorschrift gewarnt und die Erfahrung hat ihm Recht gegeben. Die Frage, ob die mündliche Entstehungserklärung, mit welcher der Gläubiger sich begnügt hat, als ungiltige Bürgschaft oder als eine andere — formfreie und darum giltige — Art der Interzession (Beitritt als Mitschuldner, Kreditauftrag) aufzufassen sei, birgt den Keim ärgerlicher Rechtsstreitigkeiten. „Kommt dann noch die Frage der Anwendbarkeit des Handelsrechtes dazu[6]), so wird zum mindesten

---

[1]) Der Entwurf einer Novelle usf. in d. Ztschr. f. Handelsrecht, Bd. 62, S. 217. Vgl. auch v. Mayr in d. Jur. Bl. 1908, Nr. 35.

[2]) Vgl. dagegen Wellspacher, S. 19 f.

[3]) Es ist schon oben § 3 erwähnt worden, daß das dtsch. B. G. B. hier eine Rechtsbelehrung vorschreibt, auf die unser Entwurf verzichtet.

[4]) Entwurf, § 130. Warum wird diese Formvorschrift nicht wie die anderen „im Gesetze bestimmten Fälle" (§ 883 a. b. G. B.) an ihren Ort gestellt, etwa als Ersatz für den gegenstandslosen § 1354 a. b. G. B.? Zu dem ersten, verweisenden Absatz will der neue zweite Absatz des § 883 nicht recht passen.

[5]) Verhandlungen, I, S. 326 ff.

[6]) Die handelsrechtliche Bürgschaft bleibt gemäß Art. 317 H. G. B. formfrei.

der Laie — das kann getrost behauptet werden — niemals wissen, ob er sich mit der mündlichen Erklärung zufrieden geben könne oder nicht" [1]).

Dove geht allerdings in seiner Abneigung gegen die Schriftlichkeit zu weit. Ihm sind Tinte und Feder „die Werkzeuge der Bureaukratie und nicht des Volkes" [2]). Das ist längst nicht mehr wahr. Tinte und Feder sind ein wahrer Segen für das Rechtsleben und die Gesetzgebung sollte darum die Schriftlichkeit nach Kräften fördern; vor allem also sollte der Staat nicht durch unverhältnismäßige Gebührensätze die Parteien von der Beurkundung ihrer Geschäfte abhalten. Sind doch die Gebühren gewöhnlich der einzige Grund, der die Beteiligten auch bei wichtigeren Geschäften veranlaßt, schweren Herzens auf die Beurkundung zu verzichten.

Auch das ist gewiß wünschenswert, daß an die Schriftlichkeit besondere Vorteile hinsichtlich der Sicherung und der Geltendmachung des Rechtes geknüpft werden. Nur zum äußersten Mittel sollte der Gesetzgeber nicht greifen ohne die äußerste Not: zur Nichtigerklärung des formlosen Geschäftes. Ich kann daher auch dem Vorschlage Wellspachers [3]) nicht beitreten, für die Veräußerung von Grundstücken — bei sonstiger Nichtigkeit — die Schriftform festzusetzen. Es ist wahr: „derartige Rechtsgeschäfte werden häufig von Bauern in angeheiterter Stimmung am Biertische abgeschlossen". Aber wenn das mündlich verkaufte Grundstück wirklich übergeben und bezahlt wird, soll dann der Veräußerer noch nach Jahren — etwa gelegentlich des Auftrages zur Herstellung der Grundbuchsordnung — das Grundstück zurückverlangen dürfen? Auch wenn er nicht imstande ist, den Preis zurückzuzahlen? Viel

---

[1]) Der Entwurf usf. (oben S. 40 N. 1), S. 219. Vgl. auch Till, Der Entwurf einer österreichischen Zivilgesetznovelle, S. 30: Warum sollte „z. B. eine telephonische Erklärung nicht hinreichen, um die Haftung für einige Kronen zu begründen?"

[2]) Verhandlungen, S. 347.

[3]) Kritische Bemerkungen, S. 15.

eher dürfte der Gedanke Erwägung verdienen, bei mündlichen Grundstücksveräußerungen ein gesetzliches, unverzichtbares Reuerecht, etwa für einen Zeitraum von 24 Stunden zu gewähren. Damit wäre das am Biertische geschlossene Geschäft seiner Gefahr entkleidet; 24 Stunden werden ja zur Ernüchterung genügen. Eine solche Vorschrift könnte volkstümlich werden; sie würde an altes Recht anknüpfen[1]), das noch heute nicht ganz abgestorben ist[2]).

Die sonderbare Formvorschrift des § 50 — Urkundenübergabe vor zwei Zeugen — haben Till (S. 7) und Wellspacher (S. 34) nach Gebühr gewürdigt[3]). Gegen die erbrechtlichen Formvorschriften habe ich mich in den Juristischen Blättern, 1908, Nr. 5 und 8 ausgesprochen[4]). Wenn Krasnopolski (S. 23) hinsichtlich der mündlichen Testamente eine Übereinstimmung mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche herstellen, d. h. also wohl das ordentliche mündliche Privattestament beseitigen will und wenn Touaillon[5]) das fremdhändige Privattestament bekämpft, so hoffe ich, daß diese Anregungen erfolglos bleiben werden. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch ist allerdings hinsichtlich der Testamentsformen strenger als das unsere; dafür verlangt z. B. das schwedische Recht noch weniger als das österreichische (nur zwei Zeugen). Und wenn zugunsten der Formstrenge geltend gemacht wird, daß der Erblasser der Verfälschung oder Mißdeutung seiner Erklärung nicht entgegentreten kann, so darf man anderseits nicht übersehen, daß er den Formmangel nicht mehr gut-

---

[1]) Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 26 ff., dazu Hrabil, Ingolstädter rechtshistorische Miszellen, S. 5 ff. Einen eigenen Weg hat das böhmische Stadtrecht G. 40 eingeschlagen (Ungiltigkeit der zur Nachtzeit vorgenommenen Grundstücksveräußerung).

[2]) Mauczka, Altes Recht im Volksbewußtsein, S. 4.

[3]) Vgl. auch Kafka, S. 6.

[4]) Hinsichtlich des Erbschaftskaufes zustimmend Wellspacher, S. 15, Note 12 und Schiffner, Erbrechtsreform, S. 86.

[5]) Ztschr. für Notariat, 1908, Nr. 27.

machen kann[1]). Das mündliche Testament ist unentbehrlich und wenn gelegentlich ein mißglücktes schriftliches Testament als mündliches aufrecht gehalten werden kann, so ist das ein Segen, auf den wir nicht verzichten wollen.

[1]) Vgl. auch Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, S. 234.

III. Die Agrarpolitik des Entwurfes.

§ 10. Das bürgerliche Recht und der Bauernstand.

Den Bedürfnissen der ländlichen Bevölkerung ist unser bürgerliches Gesetzbuch nicht gerecht geworden. Die geschichtliche Erklärung dieser Tatsache mag auf sich beruhen. Es gilt ja nicht, den Verfassern des bürgerlichen Gesetzbuches Vorwürfe zu machen oder sie gegen Vorwürfe zu schützen. Aber die Tatsache selbst muß festgestellt werden.

Unser bürgerliches Gesetzbuch weiß nichts vom ländlichen Nachbarrechte; dafür kennt es eine ganze Reihe von Dienstbarkeiten, die nur in romanistischen Lehrbüchern, nicht in der Wirklichkeit vorkommen. Die bäuerlichen Ehepakten sind ihm fremd, dafür bietet es — zur Abwechslung — die „Morgengabe" der germanistischen Lehrbücher. Die Teilpacht wird mit einer mißverstandenen Pandektenstelle abgefertigt, das Ausgedinge, die Gutsübergabe, die Vorwirtschaft fehlen vollständig. Das Familienrecht steht im schneidenden Gegensatze zu den Anschauungen des Bauernstandes[1]). Die unvordenkliche Verjährung ist bis auf einen kleinen Rest[2]) beseitigt, so daß z. B. in Wäldern seit Jahrhunderten bestehende Wegeverbindungen jeden Augenblick abgeschnitten werden können. Im Grundbuchsrecht herrscht ein bureaukratischer Formalismus,

---

[1]) Vgl. z. B. den Antrag der Abgeordneten Hagenhofer, Huber und Genossen (XVIII. Session, Beil. Nr. 726) betreffend die Ausdehnung der väterlichen Gewalt.

[2]) Der dreißigjährige ruhige Besitz des § 498 (und des aufgehobenen § 1142).

der das außerbücherlich erworbene Eigentum gefährdet und nicht einmal die offenkundige Dienstbarkeit vom Eintragungszwange befreit.

Aber auch die ungerechteste Gesetzesbestimmung findet allemal den Beifall desjenigen, dem sie gerade zum Vorteile gereicht. Daher die berüchtigte Prozeßsucht der Bauern, daher jene endlosen Streitigkeiten, die zuletzt Haus und Hof verschlingen. Es ist der tragische Konflikt zwischen Gesetz und Recht, der da immer wieder ausgekämpft wird.

Das freilich darf man dem Gesetzgeber nicht zumuten, daß er sich in jeder Hinsicht den Anschauungen der Landbevölkerung unterordne. Denn diese Anschauungen hängen zumeist zäh am Alten und das Alte ist oft, aber nicht immer das Beste. Mit der vorsichtigen Schonung muß sich daher die kluge Erziehung des Rechtsgefühles verbinden.

Eine kräftig durchgreifende Agrarpolitik kann vor dem allgemeinen bürgerlichen Rechte nicht halt machen; sie muß vielmehr gerade hier ihr wichtigstes Arbeitsfeld suchen. Es gibt nun freilich Juristen, die meinen, daß das a. b. G. B. den Landwirt schon viel zu viel berücksichtigt habe. Bartsch behauptet in seiner Besprechung des Entwurfes (S. 9) geradezu, vor hundert Jahren habe als „Normaltypus des Bürgers, der der Konstruktion des ganzen Vermögensrechtes zugrunde gelegt wurde", der Grundbesitzer, der Landwirt, der Hauseigentümer gegolten. Fortan soll nach Bartsch der Kaufmann zum Normaltypus werden. „Übergang vom Grundbesitzrecht zum Kaufmannsrecht" — das sei die Idee des Entwurfes! Deshalb sollen die Grundsätze des Handelsrechtes nicht mehr auf die Kaufleute beschränkt werden, sondern allmählich aufs allgemeine Privatrecht übergreifen.

Wir wollen hoffen, daß die Gesetzgebung den entgegengesetzten Weg einschlagen und die Anwendung des Handelsrechtes so weit als möglich auf die Kaufleute einschränken wird. Vor allem muß die ungerechte Bestimmung des Art. 277 H. G. B. fallen, die bei einseitigen Handelsgeschäften beide Teile dem Handelsrechte unterwirft. Oder ist es gerecht, daß

wir dem Kaufmanne 6% Zinsen zahlen müssen, bloß weil der Kaufvertrag auf seiner Seite Handelsgeschäft ist? Ist es gerecht, daß wir uns aus demselben Grunde von ihm die Verletzung über die Hälfte gefallen lassen müssen? Soll vielleicht auch das richterliche Mäßigungsrecht bei Vertragsstrafen gegenüber dem einseitigen Handelsgeschäfte versagen?[1])

In der Tat scheint der Entwurf nicht auf dem Standpunkte zu stehen, den ihm Bartsch zumutet. Einzelne Bestimmungen zeigen den guten Willen, den Bedürfnissen des Bauernstandes Rechnung zu tragen. Allein diese Bestimmungen sind durchaus unzulänglich und ihnen stehen Bestimmungen gegenüber, die eine empfindliche Verschlechterung des heutigen Rechtszustandes bedeuten. Da die Lage des Bauernstandes ohnedies so ungünstig als möglich ist, wird vom agrarischen Standpunkte aus dem Entwurfe der entschiedenste Widerstand entgegengesetzt werden müssen.

§ 11. Das Überhangsrecht.

Im folgenden sollen diejenigen Bestimmungen des Entwurfes erörtert werden, die für den Grundbesitz besondere Bedeutung haben. Was im Entwurfe fehlt, mag gelegentlich im Vorbeigehen berührt werden. Nur das Überhangsrecht (§ 422 a. b. G. B.) soll ausführlicher besprochen werden, weil bereits ein Antrag der Abgeordneten Karl Iro und Genossen, „betreffend eine Abänderung, beziehungsweise Ergänzung des § 422 a. b. G. B.“[2]) vorliegt und der Justizausschuß des Abgeordnetenhauses beschlossen hat, die Erledigung dieses Antrages mit der Erledigung unseres Entwurfes zu verbinden.

Auf den ersten Blick ist an der Bestimmung des § 422 a. b. G. B. nichts auszusetzen. Die Antragsteller nennen den Paragraphen „ein treffliches, klar und gerecht scheinendes Gesetz“ und Schuster[3]) zieht ihn allen verglichenen Gesetzen

---

[1]) Vgl. Krainz, 4. Aufl., § 317, Note 12.

[2]) Beilage Nr. 921 zu den stenogr. Protokollen des Abgeordnetenhauses, XVIII. Session, 1908.

[3]) Der Überhang im österr. Rechte mit Berücksichtigung der wichtigsten anderen Gesetzgebungen. Gerichtszeitung, 1883, Nr. 18 bis 23.

des Auslandes vor als „eine Arbeit aus ganzem Holze, ein voll und unverkümmert entwickeltes Rechtsinstitut".

Dennoch hat die Praxis zu Klagen nach zwei Richtungen hin Anlaß gegeben.

1. Sie spricht dem geschädigten Grundeigentümer die negatorische Klage ab, beschränkt ihn also auf den Weg der Selbsthilfe. Er hat nur das Recht, Äste und Wurzeln selbst zu entfernen[1]) und zwar auf eigene Kosten[2]); er macht sich aber einer Besitzstörung schuldig, wenn er zu diesem Zwecke über seine Grenze hinausgreift, etwa eine Leiter an den Baum lehnt und hinaufsteigt[3])! Er soll also wohl auf seinem Grunde ein Gerüst errichten, um die höheren Äste zu erreichen, oder gar die Feuerwehr mit ihren Schiebleitern zu Hilfe rufen?

Die meisten älteren[4]) und neueren Gesetze geben dem geschädigten Grundbesitzer ausdrücklich das Recht, den Eigentümer des Baumes zur Beseitigung der Äste zu verhalten; manche, z. B. das französische Gesetz[5]) beschränken ihn auf dieses Recht, andere lassen ihm zwischen Klage und Selbsthilfe die Wahl. So gibt ihm z. B. das sächsische Gesetzbuch (§ 362) das Recht, die überhängenden Zweige abzuschneiden „oder, wenn er die Zweige nicht selbst abschneiden kann oder will, den Eigentümer des Baumes oder der Hecke zum Abschneiden derselben anzuhalten". Das gleiche Wahlrecht gewährt ausdrücklich — und zwar auch hinsichtlich der Wurzeln — der erste Entwurf des deutschen B. G. B.[6]).

---

[1]) Entsch. Slg. Nr. 3549, IV Nr. 1262.

[2]) Entsch. Slg., IV Nr. 1262.

[3]) Entsch. Slg., VIII Nr. 3070.

[4]) Vgl. die von Stobbe, Deutsches Privatrecht, II, § 101, Note 35 bezogenen deutschen und polnischen Quellen, dazu Böhmische Stadtrechte K 23.

[5]) Code civil, Art. 672 (alt). Ebenso die im übrigen unserem § 422 nachgebildeten Bestimmungen des B. G. B. für den Kanton Aargau (§ 490) und für den Kanton Luzern (§ 284). Schuster, Der Überhang und Überfall nach der Rezeption des römischen Rechtes, Gerichtszeitung, 1883, Nr. 13 bis 16.

[6]) § 861, dazu Motive, III, S. 287.

Hingegen spricht das deutsche B. G. B. ebenso wie das preußische Landrecht und unser a. b. G. B. nur von der Selbsthilfe und es ist daher für alle diese Gesetze zweifelhaft, ob dem Geschädigten daneben auf Grund der allgemeinen Regeln die negatorische Klage[1]) zur Verfügung stehe. Diese Frage wird z. B. für das preußische Recht von Dernburg[2]), für das deutsche von Gierke[3]) bejaht; die Praxis ist aber überall dagegen.

Und doch ist es bezüglich der Zweige gewiß keine unbillige Zumutung, daß der Baumbesitzer die Entfernung besorge; er kann das leichter tun als der Nachbar, der nicht einmal das Recht hat, die Leiter an den Baum zu lehnen, und er kann dabei alle Vorsicht nach eigenem Ermessen anwenden, während der Nachbar dem Vorwurfe ausgesetzt ist, den Baum nicht genügend geschont zu haben. Bezüglich der Zweige bedarf eher das Selbsthilferecht besonderer Rechtfertigung als der negatorische Anspruch.

Nicht ganz so steht es um die Wurzeln. Allein bei den Wurzeln ist die Mühe der Beseitigung größer und dazu kommt noch, daß das Aufgraben des Grundes einen empfindlichen Schaden herbeiführen kann. Die Antragsteller geben folgendes Beispiel:

„A. besitzt einen langen Streifen Grundes, den er rigolt, stark gedüngt und mit Luzerne angesät hat, welchen Futterschlag er durch 15 Jahre nicht mehr umzubrechen gedenkt. Zu gleicher Zeit besitzt B. einen gleich langen, angrenzenden Streifen Grund, den er mit Obstbäumen in einer Zeile bepflanzt hat, so nahe dem Raine, daß Wurzeln und Äste schon im achten Jahre klafterweit in das Luzernefeld des A. eindringen[4]). Infolgedessen wird der Luzerneertrag an den ge-

---

[1]) Unser § 523 denkt freilich nur an die Anmaßung von Dienstbarkeiten. Eine Verbesserung dieses Paragraphen ist zu wünschen; sie könnte auch zur Einschränkung des Besitzstörungsunwesens viel beitragen.

[2]) Lehrbuch des preußischen Privatrechtes, I, § 220, bei Note 16.

[3]) Deutsches Privatrecht, II, § 126, Note 48 und 54.

[4]) Die Wurzeln von Nußbäumen können sich nach jeder Richtung drei Klafter weit ausbreiten. Vgl. die Angaben bei Hofer, Handbuch über die Abrainungen, § 254.

schädigten Stellen sinken, dem A. daher ein sichtbarer Schaden zugefügt werden. Nach dem § 422 a. b. G. B. könnte ja Rat geschaffen werden, indem A. hingeht, die überhängenden Äste abschneidet und die Wurzeln abhackt; aber dies geht nur so leicht in der Theorie, in der praktischen Wirklichkeit müßte A., um den Wurzeln beizukommen, einen Streifen der Narbe seines Luzerneschlages vernichten."

Der Antrag Iro und Genossen will nun dem A. neben der Selbsthilfebefugnis auch das Recht geben, „den Baumbesitzer zu beauftragen, Wurzeln und Äste unverzüglich zu entfernen und, falls sich derselbe weigert, dies zu tun, die Schadenersatzklage einzureichen, sowie die Entfernung des Übels durch Gerichtsauftrag und -vollzug zu beantragen."

Es dürfte vollkommen genügen, wenn dem § 422 der Satz angefügt wird: „Er kann aber auch verlangen, daß die Wurzeln und Äste vom Nachbargrunde aus beseitigt werden" [1]).

2. Wenn unsere Praxis die Ausübung des Überhangsrechtes gegenüber Waldbäumen nicht gestatten will [2]), so bezeichnen dies die Antragsteller mit Grund als ein schreiendes Unrecht [3]). Ob überhaupt das einseitige Abschneiden der Äste den Baum gefährde, ist eine Frage, die nach Schuster [4]) von einer „forsttechnischen Autorität" entschieden verneint worden ist, also zum mindesten noch der Prüfung bedarf. Gewiß aber wird jede Gefährdung des Waldes durch das Überhangsrecht dann abgewendet, wenn die Bäume in angemessener Entfernung von der Grenze angepflanzt werden. Nur weil bisher auf das Überhangsrecht nicht überall Rücksicht genommen worden ist, wird es sich empfehlen, zwar nicht den § 422 zu ändern, der ohne weiteres auch für Waldbäume gelten muß, wohl aber eine transitorische Bestimmung in den Entwurf aufzunehmen, die selbstverständlich ebenso wie die eigentlichen Übergangs-

---

[1]) Vgl. den deutschen Entwurf § 861.

[2]) Entsch. Slg. Nr. 7180.

[3]) Ebenso die Protokolle der zweiten Lesung des dtsch. B. G. B., III, S. 147.

[4]) A. a. O. (oben S. 46 Note 3), Nr. 21.

bestimmungen des Entwurfes von der Aufnahme in das a. b. G. B. ausgeschlossen bleibt, etwa folgende:

„Gegenüber Waldbäumen, welche bei Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes mehr als dreißig Jahre alt sind[1]), dürfen die im § 422 a. b. G. B. gewährten Rechte nicht ausgeübt werden. Dem Nachbarn gebührt nur das Überfallsrecht und der Anspruch auf angemessene Schadloshaltung."

Danach versteht es sich von selbst, daß mit der nächsten Verjüngung des Waldes jede Beschränkung des Überhangsrechtes wegfällt[2]). Sache der Forstpolizei wird es dann sein, auf Einhaltung eines angemessenen Abstandes von der Grenze im Interesse der Walderhaltung zu bringen[3]).

§ 12. Das Veräußerungsverbot.

Nach der herrschenden Lehre und nach fester Praxis wirkt das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nicht gegen Dritte. Jedoch kann dem Erwerber die Befugnis zur Veräußerung einer Sache auf zweifache Weise entzogen werden. Einmal dadurch, daß einem Dritten ein dingliches Anwartschaftsrecht auf die Sache eingeräumt wird, und dann dadurch, daß die Nichtveräußerung zur Bedingung gemacht wird.

Der heutige Rechtszustand ist unbefriedigend. Man kann es nur billigen, wenn die Gesetzgebung ihre Aufmerksamkeit diesem schwierigen Gegenstande zuwendet. Was der Entwurf bietet (§ 53), ist allerdings schlimmer als nichts.

I. Die häufigsten und wichtigsten Veräußerungsverbote wollen Anwartschaftsrechte sichern, von denen das b. G. B. nichts weiß. Während bei der eigentlichen fideikommissarischen Substitution, d. h. bei der Nacherbschaft und dem Nachvermächtnisse besondere Veräußerungs- und Belastungsverbote offenbar überflüssig sind (§ 613 a. b. G. B.), scheint das anders, wo gleichartige Verhältnisse durch Verträge unter

---

[1]) Vgl. Code forestier, Art. 150.

[2]) Vgl. Deutsches Einführungsgesetz, Art. 183.

[3]) Der Antrag Iro will eine Bestimmung über den Abstand (drei Meter) in das a. b. G. B. aufnehmen.

Lebenden begründet werden. So vor allem bei der bäuerlichen Vorwirtschaft, die ebensowohl durch letztwillige Verfügungen, wie durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden angeordnet werden kann[1]). Häufig übernimmt die Witwe das Bauerngut, mit der Verpflichtung, dasselbe einem der Kinder — und zwar oft nach eigener Wahl[2]) — zu übergeben. Die juristische Konstruktion ist verschieden. Bald werden die Kinder als Miteigentümer behandelt, während die Witwe ein dingliches „Bewirtschaftungsrecht" erhält, bald erhält die Witwe — wie bei der alten „Interimswirtschaft" — ein zeitliches Eigentumsrecht, dem die dinglichen „Anwartschaftsrechte" der Kinder gegenüberstehen. Zur Sicherung dieser Anwartschaftsrechte dienen Veräußerungsverbote. So betrifft z. B. Entsch. Slg. VIII, Nr. 2928, einen Übergabsvertrag, in welchem bestimmt war, daß die Übernehmerin „die erworbene Realität nicht veräußern dürfe und den mit dem Übergeber erzeugten Kindern hinterlassen müsse"[3]). Der Oberste Gerichtshof entschied für die volle dingliche Wirkung des Veräußerungsverbotes (Unzulässigkeit der Zwangsversteigerung), indem er die Regeln der fideikommissarischen Substitution analog anwendete[4]).

Es ist klar, daß eine gesetzliche Regelung der Anwartschaftsrechte diese Art Veräußerungsverbote entbehrlich macht, während mit der Bestimmung des § 53 Entwurf nicht geholfen ist. Diese Bestimmung ist in bezug auf Voraussetzung und Wirkung zu eng. Man nehme z. B. an, daß ein Bauerngut

---

[1]) Steinbach, Die Wirkungen vertragsmäßiger und letztwilliger Veräußerungs- und Belastungsverbote, G. Z. 1877, Nr. 39; Braun, Die Vorhausung, Not. Ztschr., 1899, Nr. 4, 5; Krainz, 4. Aufl., § 479, II.

[2]) Vgl. Entsch. Slg. Nr. 10630, I, Nr. 610; Steinbach a. a. O.; Krainz, § 479, N. 22.

[3]) Auch dies ist eine Art der Vorwirtschaft (Steinbach a. a. O.) und zwar diejenige, die der Vorwirtin die größte Freiheit läßt, da sie zur Übergabe bei Lebzeiten nicht verpflichtet ist. Doch wird auch sonst der Zeitpunkt der Übergabe oft ausdrücklich dem Ermessen der Vorwirtin überlassen.

[4]) Vgl. auch Entsch. Slg. VI, 2227; Steinbach, Nr. 44; Randa, Eigentum, S. 217 f.

im Miteigentume von Ehegatten stehe. Die Hälfte des Mannes geht in der Folge auf die Frau über, zugleich wird aber das ganze Gut, also auch der ursprüngliche Anteil der Erwerberin, mit dem Anwartschaftsrechte belastet[1]). Nach dem Entwurfe könnte in einem solchen Falle der Frau nur die Befugnis entzogen werden, die vom Manne erworbene Hälfte zu veräußern — gewiß eine unzweckmäßige, wirtschaftlich sinnlose Beschränkung der dinglichen Wirkung des Anwartschaftsrechtes. Dazu kommt noch, daß das Veräußerungsverbot des Entwurfes keinen Schutz gegen die Exekution bietet, also vollkommen wertlos ist.

II. Aber auch das selbständige Veräußerungsverbot — ohne Anwartschaft — darf nicht durchaus der dinglichen Wirkung beraubt bleiben. „Die Spruchpraxis" sagt Randa[2]) „hat wohl unbewußt der volkstümlichen Anschauung Rechnung getragen, wenn sie weit über die durch das Gesetz gesteckten Schranken die Verbücherung derartiger Verbote zuläßt. Es wäre wohl wünschenswert, die Zulässigkeit des Eintrages für alle Fälle gesetzlich auszusprechen, in welchen das Verbot auf einem verständigen Interesse beruht — allerdings unter gleichzeitiger Beschränkung der Wirksamkeit desselben".

Das ist auch der Standpunkt der französischen Praxis. Sie verstößt offenbar gegen das Gesetz und ist eben darum die verläßlichste Zeugin eines unabweisbaren Bedürfnisses. Chéron[3]) hat diese Praxis vortrefflich dargestellt und gewürdigt. Alle Entscheidungen lassen das Veräußerungsverbot unter zwei Voraussetzungen gelten. Es muß motiviert sein „par un intêret sérieux et légitime"[4]) und darf nicht stipuliert sein „pour une trop longue durée"[5]).

---

[1]) Steinbach, Nr. 39 a. E.

[2]) Eigentum, S. 220.

[3]) La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique, ses limites in der Revue trimestrielle de droit civil 1906, S. 339 ff.

[4]) Chéron a. a. O., S. 351.

[5]) Chéron a. a. O., S. 353.

Nun betrachte man etwa den Fall der österreichischen Entscheidung Slg. V, Nr. 2070. Ein Onkel hat seinen Neffen zum Alleinerben eingesetzt und ihm verboten, den Nachlaß vor Ablauf von 30 Jahren zu veräußern. Vom Testamentsverfasser über den Grund dieses Verbotes befragt, hatte der Erblasser erklärt: „Mein Erbe ist jung und könnte auf Abwege geraten" [1]). Ungeachtet des Verbotes verkaufte der Erbe noch vor Ablauf der Frist einige Grundstücke und zedierte verschiedene Nachlaßforderungen. Nunmehr verlangten die gesetzlichen Erben Herausgabe der ganzen Erbschaft.

Wie ist zu entscheiden? Einigkeit besteht gegenwärtig — und das ist merkwürdig genug — darüber, daß einem letztwilligen Veräußerungsverbote die geringere Wirkung, d. h. die einfache Vereitelung der vertragswidrigen Veräußerung nicht beigelegt werden kann, wohl aber die größere, nämlich Ungiltigkeit der Veräußerung und zugleich Verwirkung des Gutes selbst. Diese doppelte Wirkung wird dem Veräußerungsverbote dadurch gesichert, daß die Zuwiderhandlung zur auflösenden Bedingung der Zuwendung gemacht wird [2]). Ja manche schreiben dem letztwilligen Veräußerungsverbote als einer Auflage (Auftrag) gemäß § 709 a. b. G. B. ohne weiteres die Wirkung einer auflösenden Bedingung zu. Nun ist es zwar gewiß nicht richtig, wenn dagegen eingewendet wird, daß eine Auflage nicht in einer Unterlassung (Nichtveräußern) bestehen könne, um so gewisser ist aber, daß die Anwendung der Regel des § 709 a. b. G. B. bei den meisten Auflagen und ganz besonders bei Veräußerungsverboten weit über die Absicht des Erblassers hinausgeht, ja derselben geradezu zuwiderläuft.

---

[1]) „Inaliénabilité prescrite pour protéger le gratifié contre sa propre prodigalité". Chéron, S. 362 ff.

[2]) Vgl. dagegen — für das deutsche Recht — Schott, Über Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Rechte, in der Festgabe für Felix Dahn (1905), S. 303 ff. Die französische Praxis läßt beide Arten des Veräußerungsverbotes zu, entscheidet sich aber im Zweifel für die geringere Wirkung. Chéron, S. 361. Österreichisches Recht: Steinbach, Nr. 40, Randa, S. 208 f., S. 216, N. 45, S. 217, Krainz, § 201.

Deshalb hat der Oberste Gerichtshof in unserem Falle die Klage der gesetzlichen Erben mit Recht abgewiesen — „zumal man bei gegenteiliger Meinung zu dem geraden Gegenteile dessen gelangen würde, was der Testator vor Augen hatte, nämlich die Erhaltung des vermachten Vermögens zugunsten des Erben zu bewirken." Danach ist also das letztwillige Veräußerungsverbot regelmäßig „nicht bloß dritten gegenüber, sondern überhaupt ohne alle rechtliche Wirkung, ein nudum praeceptum ohne weitere rechtliche Konsequenzen"[1]).

Sollen nun in Zukunft dinglich wirksame Veräußerungsverbote zugelassen werden, so wird die Gesetzgebung regeln müssen:

1. Die Ausnahmsfälle, in welchen die Veräußerung zulässig bleibt. Von letztwilligen Veräußerungsverboten sollte die Abhandlungsbehörde aus wichtigen Gründen Befreiung erteilen können, z. B. zum Zwecke einer wirtschaftlich gerechtfertigten Belastung oder eines vorteilhaften Tausches. Vgl. § 634 a. b. G. B.

2. Die Anfechtung des Veräußerungsverbotes wegen Fehlens des „intérêt sérieux et légitime".

3. Die Aufhebung des Veräußerungsverbotes bei Veränderung der Umstände (Wegfall des Zweckes).

4. Die Erlöschung durch Ablauf der gesetzlichen Frist.

Der Entwurf (§ 53) läßt das dingliche Veräußerungsverbot nur bei Übertragung von Sachen[2]) an die nächsten Angehörigen zu; seine Absichten wird in vielen Fällen § 774 a. b. G. B. teilweise vereiteln. Besonders schlimm ist es aber, daß das Verbot nur die vertragsmäßige Veräußerung oder Belastung ausschließen soll, obwohl über die Unbrauchbarkeit eines derart beschränkten Verbotes alle Welt einig ist[3]).

---

[1]) Steinbach, Nr. 41. Vgl. auch Randa, S. 212.

[2]) Der Entwurf sagt „Übertragung von Rechten", denn er spricht die Sprache des dtsch. B. G. B. (§ 137, vgl. bezüglich der Sachen § 90).

[3]) Nur als einstweilige Verfügung kann man sich diese halbe Maßregel gefallen lassen.

„Man denke nur daran," sagt Steinbach[1]), „daß ein Gläubiger, welchem vom Schuldner freiwillig ein Pfandrecht eingeräumt wurde, dieses zwar auf die betreffende Realität nicht einverleiben lassen kann, daß ihm aber völlig freistehen soll, auf Grund derselben Forderung im Exekutionswege ein Pfandrecht an derselben Realität zu erlangen." Einen derartigen Fall bespricht Chéron (S 356 ff.). Einem Vermächtnisnehmer war die Veräußerung des vermachten Gutes — und somit auch die Belastung — auf die Dauer von zehn Jahren verboten. Er nahm gleichwohl vor Ablauf der Frist eine Hypothek auf. Diese Hypothek (hypothéque conventionelle) wurde wegen Verletzung des Veräußerungsverbotes für nichtig erklärt. Nunmehr klagte der Gläubiger seine Forderung ein, erwirkte ein Urteil und verlangte auf Grund desselben die Eintragung einer Zwangshypothek (hypothéque judiciaire). Aber der Gerichtshof von Rouen wies ihn ab und das Appellationsgericht bestätigte diese Entscheidung (5. April 1905). Chéron findet hierin nur „le développement logique d'une jurisprudence beaucoup plus soucieuse des intérêts pratiques que des textes et des principes légaux".

Zwangsverkauf und Zwangshypothek werden das Veräußerungs- und Belastungsverbot des § 53 unseres Entwurfes vereiteln und dabei wird sich keineswegs immer eine Gesetzesumgehung behaupten oder gar nachweisen lassen. Wird der Realkredit gesperrt, so versteht es sich von selbst, daß der Personalkredit in Anspruch genommen werden muß und dieser führt im Wege der Zwangsvollstreckung zur Veräußerung oder Belastung. So wird § 53 nichts anderes bewirken, als eine Verteuerung des Kredites und Beförderung des Wuchers, zugleich aber auch eine kräftige Verlockung zur Gesetzesumgehung. Die neue Bestimmung wird also gewiß nicht dazu beitragen, das Ansehen der Gesetzgebung zu erhöhen.

---

[1]) G. Z. 1877, Nr. 43. Vgl. auch Randa, S. 211, N. 35 a. E., S. 212, N. 38.

§ 13. Die Grunddienstbarkeiten.

Der Entwurf befaßt sich nicht mit den nachbarrechtlichen Befugnissen, den sogenannten gesetzlichen Dienstbarkeiten; er schweigt von der Eigentümerdienstbarkeit, von der entgeltlichen Dienstbarkeit und von jenen gleichsam rebus sic stantibus eingeräumten Dienstbarkeiten, die ich gelegentlich als „bedingte Dienstbarkeiten" bezeichnet habe[1]). Der Wegfall der Dienstbarkeit im Falle der Kulturänderung oder der Verbauung der dienenden Liegenschaft wird auch in Zukunft eine besondere Eigentümlichkeit des Notweges bleiben[2]) und die Befreiung der ersessenen Wege- und Wasserleitungsdienstbarkeiten vom Eintragungszwange bleibt auch in Zukunft ein Vorrecht der Kronländer Tirol und Vorarlberg.

1. Dafür bringt der Entwurf als vermeintliche Neuerung die selbstverständliche Regel, daß Dienstbarkeiten nach der Teilung des herrschenden oder des dienenden Grundstückes hinsichtlich aller Teile fortbestehen, soferne sie nicht von vorneherein auf bestimmte Teile beschränkt waren. Zweifelhaft ist doch wohl nur, ob der Grundbuchsrichter auch ohne Zustimmung des Berechtigten mit der Löschung vorgehen kann, wenn die Einschränkung der Dienstbarkeit auf einzelne Grundteile aus dem öffentlichen Buche hervorgeht (§ 12 G. B. G.) oder urkundlich nachgewiesen wird, oder ob die Löschung ohne Einwilligung des Berechtigten nur im Prozeßwege durchgesetzt werden kann[3]). Der Entwurf und die erläuternden Bemerkungen werfen beide Fragen zusammen: die materiellrechtliche (§ 57, Satz 2: „erlischt") und die formellrechtliche (ebenda

---

[1]) Krainz, System, 4. Aufl., § 259, N. 10.

[2]) „Der Eigentümer soll ein für allemal darauf verzichten, sein Grundstück gemäß der wirtschaftlichen Konjunktur auszunützen; zwischen ergiebigeren Äckern, zwischen den Häusern der erweiterten Stadt" soll die Wiese (Entsch. Slg. Nr. 9078) „im ursprünglichen Zustande liegen bleiben, damit dem Nachbarn die Bahn frei bleibe für die einmal oder zweimal im Jahre unternommene Fahrt". Vgl. meine Besprechung des Vorarlberger Servitutengesetzentwurfes in d. Jur. Bl. 1904, Nr. 19.

[3]) Vgl. die Prozeßentscheidung Slg. Nr. 12537 und die Grundbuchsentscheidung Slg. III, Nr. 1228.

Satz 3: „ist zu löschen"). Die erläuternden Bemerkungen sprechen sogar von einer „Grundbuchsberichtigung von Amts wegen", sie setzen aber voraus, daß die Beschränkung „aus dem Grundbuche zu ersehen oder sonst festgestellt ist".

Bedeutet „sonst festgestellt" die Feststellung im Prozeßwege? Oder nimmt der Grundbuchsrichter einen Lokalaugenschein vor? Oder ist nur an den Urkundenbeweis gedacht? Nach dem schweizer. Gesetzbuche (§ 743) ist allerdings die Löschung auch ohne Urkunde und ohne Prozeß möglich. Der Grundbuchsrichter teilt dem Berechtigten das Löschungsbegehren mit und vollzieht die Löschung, wenn binnen Monatsfrist kein Einspruch erfolgt. Der Einspruch kann nur im Prozeßwege entkräftet werden. Wird bei uns der Berechtigte wenigstens angehört werden, bevor ihm die „Grundbuchsberichtigung von Amts wegen" sein Recht abspricht?

2. Nach § 1482 a. b. G. B. wird derjenige, der ein Recht auf fremdem Grunde „durch noch so lange Zeit nur auf einem Teile des Grundes oder nur auf eine bestimmte Weise ausübte, in seinem Rechte nicht eingeschränkt". Dagegen läßt der Entwurf (§§ 55 und 57) die Dienstbarkeit zum Teile erlöschen, wenn ihre Ausübung tatsächlich nur einem Teile des herrschenden Grundstückes zustatten kommt oder sich tatsächlich auf einen Teil des dienstbaren Grundstückes beschränkt. Das Richtige wäre: die Dienstbarkeit erlischt hinsichtlich des Restes, wenn sie rechtlich[1]) auf einen Teil beschränkt ist oder tatsächlich nicht in weiterem Umfange ausgeübt werden kann.

3. Für die Teilung eines Grundstückes haben wir bekanntlich kein anderes gerichtliches Verfahren als das streitige — nur dieses Verfahren ist zulässig, mögen auch die Beteiligten einig sein. Umgekehrt soll es in Zukunft bei der Aufteilung von Dienstbarkeiten, die den Anspruch auf Nutzungen gewähren, nur ein Verfahren außer Streitsachen geben, auch wenn die Beteiligten nicht einig sind. Infolgedessen ver-

---

[1]) Z. B. durch Vertrag, durch Ersitzung des Hinderungsrechtes (§ 1482).



doppelt sich das Teilungsverfahren, wenn zugleich ein Grundstück und die damit aktiv oder passiv verbundene Dienstbarkeit geteilt werden soll. Ein streitiges und ein außerstreitiges Verfahren laufen nebeneinander her.

„Über die streitig bleibenden Punkte hat das Gericht mit Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges durch Beschluß zu entscheiden." Damit wird ein Grundsatz des Verfahrens außer Streitsachen (§ 2, Z. 7 kais. Pat. v. 9. August 1854) preisgegeben[1]), das Verfahren verdient diesen Namen nicht mehr, es ist nur noch ein verwilderter Prozeß. So weit geht nicht einmal die nicht eben billige[2]) Bestimmung des § 22 Entw., da sie auf den Prozeßweg für den Fall verweist, daß die Mittel des Verfahrens außer Streitsachen zur Feststellung streitiger Tatsachen nicht ausreichen. Bei der Aufteilung der Dienstbarkeiten wird aber der Richter mit diesen Mitteln unter allen Umständen das Auslangen finden müssen, mögen sie zur Feststellung der entscheidenden Tatsache ausreichen oder nicht[3]).

Für die Aufteilung ist in erster Linie das Einverständnis der „Beteiligten" maßgebend; kommt ein Einverständnis nicht zustande, so entscheidet der Richter „wie es allen Interessen billigerweise am besten entspricht". Sehr schön! Aber wer gehört zu den Beteiligten und auf wessen Interessen ist Rücksicht zu nehmen?

Es scheint mir (schon wegen § 57) nicht zweifelhaft, daß an dem Verfahren sowohl die Eigentümer des geteilten Grundstückes als auch der Eigentümer des (dienenden oder herrschenden) Nachbargrundstückes teilnehmen. Die Aufteilung soll nicht bloß das innere Verhältnis zwischen den Teilhabern regeln, sondern

---

1) Ott, Rechtsfürsorgeverfahren, S. 73.

2) Der Vormundschaftsrichter, der die Verfolgung des Erzeugers veranlaßt und die Interessen des Kindes wahrzunehmen hat, ist dazu berufen, im Verfahren außer Streitsachen — also als Vormundschaftsrichter — die dem Vater obliegenden Leistungen festzustellen.

3) Man denke z. B., es handle sich um einen außergerichtlichen Verzicht, der abgeleugnet wird.

die Dienstbarkeit selbst zerlegen. Deshalb wird ja auch § 847 a. b. G. B., soweit er sich auf Dienstbarkeiten bezieht, außer Kraft gesetzt (Entw. § 58). Es handelt sich also um eine Servitutenregulierung und da zu den Dienstbarkeiten, die einen Anspruch auf Nutzungen gewähren (§§ 56, 57) auch — und gewiß in erster Linie — Forstdienstbarkeiten und Weiderechte gehören, so gerät der Entwurf hier in einen Gegensatz zur Landesgesetzgebung, die zur Regulierung dieser Rechte die politischen Behörden beruft. Zum mindesten sollte die Mitwirkung der politischen Behörden im Sinne des § 43 des Servitutenpatentes von 1853 vorgesehen werden; nur sie können darüber entscheiden, ob die vom Gerichte beurkundete oder verfügte Teilung „mit den Landeskulturrücksichten" vereinbar sei.

§ 14. Die Grenzstreitigkeiten.

Unzulänglich und unklar ist das Grenzrecht des a. b. G. B. Die Absicht des Entwurfes, hier Abhilfe zu schaffen, muß dankbar begrüßt werden. Leider sind die neuen Bestimmungen noch unzulänglicher und nicht weniger unklar. Schon erregt die Fassung des § 60 Entw. neue Zweifel über das Verfahren[1]) und noch klingt im selben Paragraphen die unverständliche oder unverständige Weisung des § 853 a. b. G. B. nach, die streitige Fläche „nach Verhältnis des Besitzes, von welchem der Anspruch ausgeht", zu verteilen[2]).

Die erläuternden Bemerkungen lassen erkennen, daß sich der Entwurf hinsichtlich des Verfahrens der neuesten Praxis anschließen will. Der Oberste Gerichtshof hat mit Spruch Nr. 179[3]) nicht nur die Grenzerneuerung (§ 850), sondern

---

[1]) Krasnopolski, S. 33; Wellspacher S. 35; Kafka S. 21.

[2]) Wellspacher, S. 36. Daß die Verfasser des Entwurfes meine Ausführungen bei Krainz, 4. Aufl., II, S. 387, nicht beachtet haben, fällt nicht auf, wohl aber, daß auch die Zurückweisung dieses Teilungsmaßstabes in den deutschen Motiven, III, S. 272 f., auf sie keinen Eindruck gemacht hat.

[3]) Sammlung VIII, Nr. 2967. Ebenso schon Burckhard, System II, § 127, N. 12.

auch den Schutz des letzten Besitzstandes (§ 851) dem Verfahren außer Streitsachen zugewiesen. In den Gründen heißt es: „Selbstverständlich liegt keiner der Fälle der §§ 850 und 851 a. b. G. B. vor, wenn jemand behauptet, daß sein Eigentum bis zu einer bestimmten Grenze reicht. In diesem Falle ist die Eigentumsklage (§§ 366, beziehungsweise 372 a. b. G. B.) einzubringen“ [1]).

Wie steht es nun mit den §§ 852 und 853? Offenbar haben diese Paragraphen nichts mit der Grenzerneuerung nach § 850, aber auch nichts mit dem Besitzesschutze nach § 851 zu tun. Denn die Ausmessung, von der § 852 spricht, kann zur Ermittlung des Besitzstandes nichts beitragen und die Verteilung nach § 853 setzt voraus, daß „keine Partei ein ausschließendes Besitz- oder Eigentumsrecht“ [2]) bewiesen hat. Beide Paragraphen beziehen sich auf das petitorische, nicht auf das possessorische Verfahren. Die Eigentumsklage, die § 851 vorbehält, hat also ihre Besonderheiten und man wird darum vorläufig noch an dem besonderen Namen „Grenzscheidungsklage“ festhalten dürfen.

Erst der Entwurf zieht beide Paragraphen in das außerstreitige Grenzbesitzverfahren hinein, so daß sie für den Grenzscheidungs*prozeß* fortan nicht mehr in Betracht kommen. Die Teilung der streitigen Fläche findet nach dem Entwurfe nicht im petitorischen, sondern schon vorher im possessorischen Verfahren statt. Unter der „streitigen Fläche“ ist daher die Fläche zu verstehen, deren Besitz, nicht die Fläche, deren Eigentum streitig ist. Das possessorische Verfahren des Entwurfes soll unter allen Umständen, auch wenn der letzte Besitzstand ungewiß ist, zur Festsetzung einer Grenze führen und diese Grenze — also die Besitzgrenze — wird sogar sofort vermarkt (§ 61 Entw.), obwohl ja die Grundmarken Eigentums-,

---

[1]) Dessenungeachtet weisen manche Gerichte jede „vorzeitig“ überreichte Eigentumsklage dieser Art wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurück. Dabei dient Entsch. Slg. III, Nr. 969, als Vorbild.

[2]) Daß das Besitz*recht* mit dem letzten Besitzstande nichts zu schaffen hat, ergibt ein Blick auf § 851.

nicht Besitzgrenzen bezeichnen sollen. Indessen ist ein solcher Vorgang nicht unerhört. Auch die französische Praxis gestattet auf Grund des Art. 27 Code de procédure schon im Besitzprozesse eine vorläufige Abmarkung nach Maßgabe des festgestellten Besitzes[1]). Die Herübernahme dieser Einrichtung ist jedoch mit Rücksicht auf die Kosten nicht unbedenklich. Denn die abgemarkte Grenze muß ja möglicherweise nach Durchführung des petitorischen Verfahrens wieder beseitigt werden, um einer neuen Abmarkung Platz zu machen.

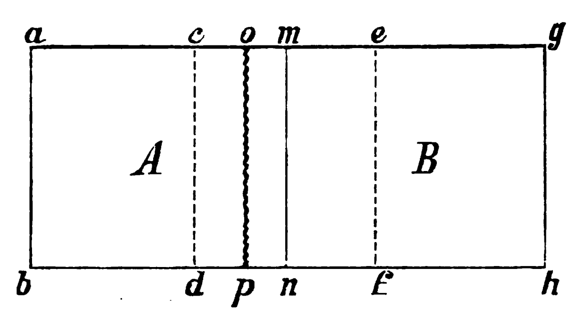
Aber das ist noch nicht das Schlimmste. Unerträglich ist der Ausschluß der Teilungsbefugnis aus dem Rahmen des petitorischen Verfahrens. Dieses Verfahren kann ja nicht erspart bleiben, wo der augenblickliche Besitzstand dem wirklichen oder vermeintlichen Rechte nicht entspricht. Der Anrainer, der sich verkürzt glaubt, wird in solchen Fällen ohne weiteres die Eigentumsklage anbringen; mit dem Schutze des letzten Besitzstandes ist ihm ja nicht gedient. Wenn sich nun aber der Verlauf der richtigen Grenze nicht vollkommen genau nachweisen läßt, so kann um eines schmalen Streifens, um irgend einer fragwürdigen Ecke willen nun doch noch das außerstreitige Verfahren nötig erscheinen, denn nicht von jedem Grundbesitzer — am wenigsten von dem, der auf ererbtem Grunde sitzt — kann man verlangen, daß er auf ein Stückchen Grund der Einfachheit halber verzichte. Schließlich soll doch Recht Recht bleiben!

Allein selbst wenn beide Verfahrensarten in der vom Entwurfe gewünschten Reihenfolge angewendet werden, wird das Ergebnis nicht immer befriedigen.

Die Grenze zwischen den Grundstücken des A und des B ist streitig. Der Besitz des A reicht jedenfalls von ab bis cd, der des B von ef bis gh, hinsichtlich der Fläche cdef läßt sich der letzte Besitzstand nicht feststellen. Diese Fläche wird geteilt, mn ist die gemäß §§ 60, 61 des Entwurfes im Ver-

---

[1]) Zachariä-Crome, Handbuch, I, S. 480, N. 9; Höniger, Grenzstreitigkeiten, S. 39.



fahren außer Streitsachen festgesetzte und vermarkte Grenze. Das petitorische Verfahren, insbesondere die Vermessung ergibt, daß das Eigentum des A weiter reicht, allein der Verlauf der Grenze bleibt zweifelhaft. Die vom Kläger A behauptete Grenze ef läßt sich nicht erweisen, sicher ist nur, daß das Eigentum des A mindestens bis op reicht, der Beklagte beweist gar nichts. Es ergibt sich also eine streitige Fläche opef, hinsichtlich welcher kein Teil ein „ausschließendes Besitz- oder Eigentumsrecht“ erwiesen hat. Nach § 853 a. b. G. B. müßte nun der Prozeßrichter *diese* Fläche teilen. Nach dem Entwurfe aber bleibt es in unserem Falle bei der Grenze mn, also bei der Verteilung des *ganzen* Raumes, hinsichtlich dessen der *Besitz* streitig war — obwohl nun feststeht, daß in die Teilung eine Fläche einbezogen worden ist, die zweifellos Eigentum des Klägers ist. Dabei mache man sich nur recht klar, daß es sich hier nicht etwa um nachträglich aufgefundene Beweismittel handeln muß, der Kläger wird ja zum Beweise seines *Rechtes* im Besitzverfahren nicht zugelassen und auch von der Redlichkeit des Besitzes ist dort nicht die Frage. Selbst wenn die richtige Grenze sofort nachweisbar ist, muß der Richter im künftigen Grenzbesitzverfahren die Grenze des (redlichen oder unredlichen) Besitzes festsetzen und vermarken und der Kläger muß mit verschränkten Armen einem Verfahren zusehen, dessen Folgen — wie unser Beispiel zeigt — gar nicht mehr gutzumachen sind.

Den Grenzstreit schiebt eben der Entwurf ganz auf das Geleise unserer berüchtigten Besitzstörungsstreitigkeiten hinüber.

Ob aber derartige Streitigkeiten in der hierfür bestimmten Form des Besitzprozesses oder im außerstreitigen Verfahren erledigt werden, das tut fürwahr wenig zur Sache. Die Kosten bleiben dieselben und es bleibt dabei, daß die Rechtsfrage, auf die es ankommt, nicht gelöst wird. Auf das erste Verfahren muß also ein zweites folgen, wieder Lokalaugenschein, wieder Sachverständige usf.

Wenn dann nicht einmal dieses zweite Verfahren zum Ziele führt, weil eben schon das erste ohne alle Rücksicht auf den Rechtsstandpunkt Sonne und Wind ungünstig verteilt hat, dann kann schließlich dieser ganze Zweig der Rechtspflege nur dazu dienen, das Vertrauen in die staatliche Rechtspflege zu zerstören und den Bauern, der mit schweren Opfern um sein gutes Recht kämpft, der Verzweiflung und dem Querulantenwahnsinne preiszugeben. Quid, inquam, prodest fundum habere, si, quae diligentissime descripta a maioribus iura finium, possessionum, aquarum itinerumque sunt, haec perturbari aliqua ratione commutarique possunt? (Cicero pro Caecina).

§ 15. Der Realkredit.

Unter der Aufschrift „Verfügung des Eigentümers über die Hypothek" behandelt der Entwurf die Eigentümerhypothek[1]), die entweder durch Vereinigung (§ 63) oder durch Übertragung einer materiell erloschenen Hypothek auf den Eigentümer (§ 64) entsteht, ferner das damit verwandte Recht des Eigentümers, materiell erloschene Hypotheken auf Dritte zu übertragen (§ 64) und das Recht, formell gelöschte Hypotheken durch neue zu ersetzen (§§ 68, 69)[2]).

---

[1]) Steinlechner, Über die Regierungsvorlage, S. 21, will wegen Entw. § 65 nicht von einer „Eigentümerhypothek" sprechen, Kafka, die sachenrechtlichen Bestimmungen, S. 28, nicht von einer „eigentlichen Eigentümerhypothek in der wahren Bedeutung dieses Wortes". Vgl. Sächs. B. G. B., § 444; v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, S. 224 ff.; Stobbe-Lehmann, III, § 148, bei Note 93.

[2]) Im § 69 ist das schöne „für den Fall, als" zu beachten. Vgl. Entw. § 7: „In dem Falle, als".



Das a. b. G. B. läßt die Frage offen, ob der Eigentümer über erloschene Hypotheken verfügen könne. Einige Schriftsteller haben schon für das geltende Recht die Eigentümerhypothek verteidigt[1]), während andere ein Verfügungsrecht des Eigentümers entweder nur in gewissen Ausnahmsfällen oder gar nicht zulassen wollen[2]). Die ältere Praxis ließ in der Regel die Erneuerung der erloschenen Hypotheken zwischen denselben Parteien, oft auch — ganz abgesehen von Fällen des gutgläubigen Erwerbes — die Abtretung an dritte Personen zu.

Eine vernünftige Entwicklung der Praxis wurde jedoch durch ein Gesetz unmöglich gemacht, das dem Realkredite Erleichterungen bringen wollte — das Konvertierungsgesetz vom 14. Juni 1888[3]). Wie dieses Gesetz, so hält auch das überkünstliche Konvertierungsgesetz vom 22. Februar 1907 ängstlich an dem Grundsatze fest, daß eine durch Zahlung erloschene Hypothek nicht mehr aufleben darf, stellt ihn aber durch wunderliche Beschränkungen des Anfechtungsrechtes (§ 11) doch wieder in Frage. Schon bei der Beratung des neuen Konvertierungsgesetzes kündigte der Justizminister an, daß er sich bei der Revision des a. b. G. B. auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen wolle[4]) und wirklich beeilte er sich, mit dem vorliegenden Entwurfe noch in demselben Jahre, in dem das Konvertierungsgesetz die Sanktion erlangt hatte, dessen Abschaffung in Angriff zu nehmen. Warum also eigentlich das neue Konvertierungsgesetz geschaffen werden mußte, das wird stets ein Rätsel bleiben.

Der Entwurf stellt die erloschene Hypothek wieder in den Dienst des Kreditbedürfnisses, der Eigentümer kann ihren Rang

---

[1]) Strohal, Die Eigentümerhypothek, 1883; Steinlechner in der Krit. Vierteljahresschr., 26, S. 406ff. und in seinem Vortrage über die Regierungsvorlage, S. 20.

[2]) Vgl. die Angaben bei Krainz, System, § 292, Note 19a, und bei Schiff, Die Konvertierung der Hypothekarschulden (Sonderabdruck a. d. Ztschr. f. Volkswirtschaft, 1893), S. 62ff.

[3]) Krainz, System, § 288, Note 13a.

[4]) Till, Der Entwurf, S. 18f.

ausnützen, um — ohne Rücksicht auf die nachfolgenden Satzgläubiger — unter günstigen Bedingungen Kredit zu erlangen.

Leider verzichtet auch der Entwurf nicht auf willkürliche Beschränkungen dieses Verfügungsrechtes[1].

1. Entwurf § 64 bestimmt: „Ist die pfandrechtlich sichergestellte Forderung in Annuitäten rückzahlbar, so erwirbt der Eigentümer erst nach Erlöschung der ganzen Forderung dieses Verfügungsrecht." Den Grund erblicken die erläuternden Bemerkungen (S. 29) darin, daß „eine rationelle Aktion zur Entschuldung des Grundes und Bodens die tunlichste Förderung der Annuitätendarlehen verlangt". „Auch wird die wünschenswerte Ordnung im hypothekarischen Lastenstande des Grundbesitzes dadurch angebahnt, daß die Möglichkeit versagt bleibt, ein Annuitätsdarlehen zu erneuern, so lange es nicht vollständig abgezahlt ist." Das ist graue Theorie. In Wirklichkeit kann die Ausnahmsbestimmung des Entwurfes die Amortisationshypothek nur schädigen, nicht fördern, den Lastenstand nur erhöhen, nicht in „die wünschenswerte Ordnung" bringen.

Das Kreditbedürfnis können eben gesetzliche Vorschriften nicht aus der Welt schaffen, sie können es nur vom nächsten und zweckmäßigsten Wege abdrängen. Ein Fall aus der Praxis[2]) soll uns zunächst die gegenwärtige Rechtsprechung in Erinnerung bringen. Der Spar- und Vorschußverein in P. hatte als Inhaber einer ersten Hypothek von *K* 760 dem Schuldner nach Abstattung von *K* 418 neuerlich *K* 412 kreditiert. Bei der Meistbotsverteilung wurde von den nachfolgenden Satzgläubigern gegen die Zuweisung dieses Teilbetrages Widerspruch erhoben und alle Instanzen haben diesem Widerspruche Folge gegeben. Ganz ebenso wird der Fall nach dem Entwurfe entschieden werden müssen. Handelt es sich um ein Annuitätendarlehen, so ist eine Krediterneuerung nach § 64, Abs. 2, ausgeschlossen. Dem Grundbesitzer, der neuerlich Kredit braucht, stehen nur zwei Wege offen:

---

[1]) Vgl. Wellspacher, S. 36 ff. Kafka, S. 23 ff.

[2]) Entsch. Slg. VIII, Nr. 3224. Juristische Blätter, 1906, Nr. 19.

a) Er räumt dem Kreditgeber eine Hypothek schlechtesten Ranges ein. Dafür wird er hohe Zinsen zahlen müssen. Außerdem hat er bei unpünktlicher Zahlung alsbald die Realexekution zu erwarten. Der nachfolgende Gläubiger hat nämlich ein großes Interesse daran, noch vor gänzlicher Abzahlung der Amortisationshypothek die Zwangsverwaltung oder — noch besser — die Zwangsversteigerung zu erwirken, um die nach § 65 in Verbindung mit § 64, Abs. 2, unvermeidliche Vorrückung rechtzeitig ausnützen zu können.

b) Der Eigentümer kann sich aber auch durch eine neuartige Konvertierung helfen. Er nimmt ein Darlehen in der Höhe der ursprünglichen Forderung (760 Kronen) auf, zahlt die restlichen Annuitäten nebst der etwa verlangten Prämie[1]) auf einmal zurück und macht zugleich von dem hiermit gewonnenen Verfügungsrechte zugunsten des neuen Darlehens Gebrauch. Daß auch dieser Weg kostspielig ist, liegt auf der Hand. Dafür aber lernt der Eigentümer etwas dabei: er wird sich in Zukunft auf Annuitätendarlehen nicht mehr einlassen.

So sieht bei uns die „tunlichste Förderung" der Annuitätendarlehen aus. Im Deutschen Reiche macht man das anders. Da erhält der Schuldner in der Höhe der gezahlten Annuitäten neuen Kredit, es wird ihm „durch die Abtragung für den Notfall eine Reserve bereit gehalten[2])". Damit hängt es, beiläufig bemerkt, zusammen, daß die Statuten mancher Kreditanstalten (Einführungsgesetz Art. 167) dem Eigentümer die Befugnis entziehen, über den abgetragenen Teil des Kapitals zu verfügen, insbesondere denselben löschen zu lassen[3]). Auch die Klauseln, die der letzte Absatz unseres § 64 wahrscheinlich im Auge hat[4]), gehören hierher.

---

[1]) Mully von Oppenried, Der Hypothekarkreditverkehr, S. 31.

[2]) Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis (Gruchots Beitr. 47), S. 333; Brinck, Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld (1907), S. 18.

[3]) Oberneck, S. 337.

[4]) Vgl. erl. Bem., S. 98, mit den Protokollen der zweiten Lesung des dtsch. B. G. B., III, S. 147. Dazu Brinck, S. 5 f. Auf die Nat-

2. Nun wollen wir annehmen, die Hypothek des Spar- und Vorschußvereines in P. sei nicht in Annuitäten, sondern etwa in gleichbleibenden Teilbeträgen rückzahlbar gewesen[1]. Dann steht der Kreditneuerung § 64, Abs. 2, nicht im Wege[2]. Man sollte nun meinen, daß eine außerbücherlich erloschene Hypothek außerbücherlich wiederhergestellt werden könne. Ein Vorrückungsrecht der nachfolgenden Gläubiger gibt es nicht mehr, warum sollte also diese bequemste und wohlfeilste Form des Realkredites dem Schuldner verschlossen bleiben?

Dagegen spricht jedoch § 67 des Entwurfes. Danach ist es eine besondere Begünstigung der Pfandbriefanstalten, daß sie die teilweise erloschene Forderung durch Ausgabe neuer, niedriger verzinslicher Pfandbriefe wieder auf die ursprüngliche Höhe bringen können[3]. Die Beseitigung dieses Paragraphen wäre dringend zu wünschen[4].

3. Nach § 64 ist der Eigentümer berechtigt, die Hypothek auf Grund einer Löschungsquittung einem Dritten für eine neue Forderung einzuräumen. Es wäre nun gewiß zweckmäßig, dem Eigentümer neben dem Anspruche auf die Löschungsquittung (§ 1369 a. b. G. B.) wahlweise den Anspruch auf unmittelbare Abtretung der erloschenen Hypothek an einen von ihm bestimmten Dritten zu gewähren[5]. Gegenwärtig hilft man sich im Deutschen Reiche durch Aufnahme folgender Klausel in die Schuldscheine:

„Bei Fälligkeit der Forderung ist auf Verlangen des Eigentümers der Gläubiger verpflichtet, gegen Empfang des Be-

wendigkeit einer dem § 1179 des dtsch. G. B. (§ 814 des schweizer. G. B.) entsprechenden Bestimmung habe ich bereits an anderer Stelle hingewiesen.

1) Vgl. die Nebeneinanderstellung im § 120, Z. 5 E. O.

2) Vgl. erläuternde Bemerkungen zu § 64 (Abs. 2, letzter Satz) mit erl. Bem. zu §§ 67 bis 69 (Abs. 2, Satz 3, auch als Stilblüte zu beachten).

3) Die Konvertierung ist nach § 67, Abs. 2, anzumerken (also nicht einzuverleiben). Vgl. Schiff a. a. O., S. 35 ff.

4) Dafür auch Wellspacher, S. 38.

5) Preuß. Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872, § 63. Dernburg, Hypothekenrecht, S. 292.

trages, für welchen das Grundstück haftet, die Hypothekenforderung ohne Gewährleistung und auf Kosten des Eigentümers an einen von diesem zu benennenden Dritten abzutreten“[1]).

Weiter soll auf die Bestimmungen des fünften Titels nicht eingegangen werden. Viele und schwierige Fragen fordern zur eingehenden Prüfung auf. Wie steht es z. B. mit dem Verfügungsrechte, wenn das verpfändete Grundstück im Miteigentume steht? Wie sind materiell erloschene Simultanhypotheken zu behandeln? Wie verhalten sich die neuen Vorschriften zu den Rechten des Drittzahlers nach §§ 1358, 1422, 1423 a. b. G. B.? Die Erörterung dieser und ähnlicher Fragen würde eine besondere Monographie erfordern.

Auch die sonstigen hypothekenrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes geben zu mancherlei Bedenken Anlaß. Von der Übernahme der Hypotheken auf den Kaufschilling war bereits die Rede (oben § 3). § 70 des Entwurfes (pfandrechtliche Haftung der Forderung aus dem Versicherungsvertrage) zeigt, daß die linke Hand des Gesetzgebers nicht weiß, was die rechte tut. Mit derselben Frage befaßt sich nämlich auch der Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag (§ 74). Selbst wenn beide Entwürfe übereinstimmten, müßte die Gemination auffallen. Sie stimmen aber nicht überein. Nach dem Versicherungsentwurfe erstrecken sich das Pfandrecht, der Fruchtgenuß, die Reallast und das Befriedigungsrecht des betreibenden Gläubigers[2]) auf die Forderung aus der Feuerversicherung, aber nur bei Gebäuden. Der Zivilentwurf spricht nur vom Pfandrechte, statt des Kunstausdruckes „Feuerversicherung“ gebraucht er die (engere) Bezeichnung „Versicherung gegen Brandschaden“ und setzt für „Gebäude“ „unbewegliche Sachen“. Werden beide Bestimmungen Gesetz, so wird sich das Pfandrecht auf die Entschädigung für verbranntes Gutsinventar erstrecken, während der Reallastberechtigte auf den Wert des

[1]) Vgl. hierüber — insbesondere auch über die Frage der Verbücherung dieser Klausel — Oberneck a. a. O., S. 320 ff.

[2]) v. Ohmeyer, Grünhuts Ztschr., Bd. 32, S. 416, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung, § 20, Abs. 2.

Gebäudes beschränkt bleibt. Diesen aber erhält er auch im Falle eines bloßen Explosionsschadens (ohne Brand). Man sollte es nicht für möglich halten, daß beide Entwürfe vom selben Ministerium ausgearbeitet und dem Reichsrate am selben Tage vorgelegt worden sind und doch ist es so!

Die §§ 110 bis 113 (Aufhebung des § 822 a. b. G. B.) versperren dem Erben während der ganzen Dauer der Abhandlung den Realkredit. Sie zeigen, wie wenig die Verfasser unseres Entwurfes es verstanden haben, die in Betracht kommenden Interessen gehörig abzuwägen. Denn sie wollen dringenden Bedürfnissen des Kredites nur zu dem Zwecke die Befriedigung versagen, um die Erbteilung so glatt als möglich abwickeln zu können[1]). Wollte man in den Bahnen dieser bureaukratischen Gesetzgebungspolitik weiterschreiten, so könnte man sich z. B. alle Schwierigkeiten des Inventarrechtes dadurch ersparen, daß man die Unvererblichkeit der Schulden dekretiert.

§ 16. Die Gutsabtretung.

Die gesetzliche Regelung der Übergabsverträge ist ein dringendes Bedürfnis[2]). Sie sollte mit der Regelung der Ausgedinge[3]), der Gütergemeinschaft, der Vorwirtschaft und des bäuerlichen Erbrechtes in Zusammenhang gebracht werden. Als Muster könnte etwa das bahnbrechende Schaumburg-Lippesche Gesetz vom 11. April 1870, Nr. 100 dienen. Daß

---

[1]) Vgl. Jur. Bl. 1908, Nr. 8. Till, Der Entwurf, S. 26 f. Schiffner, S. 83, meint, daß die Regierungsvorlage den § 822 zwar beseitigen wolle, ihn aber in einer verzerrten Gestalt wieder zurückbringe. Das kann ich nicht finden. Wenn statt der sicherstellungsweisen Exekution bloß eine einstweilige Verfügung gewährt wird, so ist das eine tief einschneidende Veränderung des Inhaltes, nicht eine Verzerrung der Gestalt.

[2]) In diesem Sinne hat sich neuestens (5. Juli 1908) gemäß einem Antrage des Notars Dr. Wagner die Sektion Wien des Österr. Notarenvereines ausgesprochen. Ztschr. f. Not. 1908, Nr. 30.

[3]) Es gibt Ausgedinge ohne Gutsübergabe und Gutsübergaben ohne Ausgedinge. Rößler, Das Ausgedinge, § 11. Krainz, 4. Aufl., § 388 I.



es sich dabei zunächst nur um ein Rahmengesetz handeln könnte, versteht sich aus staatsrechtlichen Gründen von selbst.

1. Der Entwurf beschäftigt sich (§ 139) nur mit einer einzigen die Gutsabtretung betreffenden Frage, da seine Vorlage (dtsch. B. G. B. § 330) nicht mehr bietet:

„Das Recht auf die bei einer Gutsabtretung vom Übernehmer zugunsten eines Dritten versprochenen Leistungen gilt mangels anderer Vereinbarung dem Dritten als mit der Übergabe des Gutes erworben."

Das Recht des Dritten entsteht also schon mit der Übergabe. Unter „Übergabe" [1]) möchte ich sowohl die Besitzüberlassung als auch die bücherliche Übertragung verstehen: jede von beiden muß genügen. Jede von beiden sollte aber auch die Benachrichtigung des Dritten ersetzen, d. h. das einmal erworbene Recht sollte unwiderruflich sein. Davon will aber der Entwurf nichts wissen. Nach § 139, Abs. 3, kann das bereits erworbene Recht des Dritten doch noch so lange ohne seine Zustimmung aufgehoben werden, bis er vom Vertrage benachrichtigt worden ist und zwar genügt nicht jede wie immer (z. B. aus dem Grundbuche) erlangte Nachricht, sondern die Benachrichtigung muß von einer der Vertragsparteien ausgegangen sein [2]). Das kann zu argen Streitigkeiten führen. A hat zwei Söhne B und C. Er übergibt das Gut dem B, für C wird ein bestimmtes Erbgeld bedungen. C ist abwesend, sein Aufenthalt unbekannt, er wird also nicht verständigt. Erst nach dem Tode des A erscheint er und verlangt sein Erbgeld. B kann nun den Mangel der Benachrichtigung geltend machen und, wenn er Alleinerbe des A ist, das Recht des C ohne weiteres aufheben.

Vielleicht dürfte — im Interesse der Entlastung des Übernehmers — auch folgender Zusatz der Erwägung wert sein:

---

[1]) Die Zweideutigkeit dieses Ausdruckes macht sich im § 1120 a. b. G. B. unangenehm fühlbar. Vgl. Spruch-Repertorium Nr. 199 und dazu Prager in d. Jur. Bl. 1908, Nr. 24.

[2]) Wellspacher, Krit. Bem., S. 16 f.

„Ist das Recht auf eine Abfindung aufschiebend bedingt oder befristet, so erlischt es mit dem früheren Tode des Berechtigten, wenn er weder Leibeserben noch einen Ehegatten hinterlassen hat." Man denke an die häufigen Fälle, in denen die Abfindung erst bei erreichter Großjährigkeit oder bei der Verehelichung zu entrichten ist[1]).

2. Das deutsche Einführungsgesetz (Art. 96) überläßt die Regelung der Altenteilsverträge der Landesgesetzgebung. Auf Grund dieser Bestimmung bietet z. B. das preußische Ausführungsgesetz (Art. 15) eine — allerdings unzulängliche — Regelung des „Leibgedingsvertrages". Art. 15, § 7 des Ausführungsgesetzes schließt bei diesem Vertrage das Recht aus, wegen Nichterfüllung oder wegen Verzuges nach § 325, Abs. 2, oder § 326 des B. G. B. zurückzutreten. Da wir nun die Regel des deutschen Rechtes übernommen haben (Entw. §§ 143, 145), die Ausnahme aber fehlt, wird bei uns der Übergeber, der die Ausgedingsleistung nicht pünktlich erhält, den Rücktritt „ankündigen" können und der angekündigte Rücktritt wird mit Ablauf der Nachfrist ohne weiteres wirksam werden (Entw. § 143, Abs. 1). Der Übernehmer, der geheiratet und das Vermögen seiner Frau zur Verbesserung des Gutes und zur Abstoßung der Schulden verwendet hat, wird einfach zugrunde gerichtet und kann zusehen, wie das Gut einem anderen Kinde übergeben wird.

3. Am gefährlichsten aber sind für die Gutsabtretung die in jeder Hinsicht mißratenen Bestimmungen über „Berücksichtigung von Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteiles"[2]). In der Praxis wird die Gutsabtretung regelmäßig als ge-

---

[1]) Entsch. Slg. Nr. 13493, IV, Nr. 1636. Anders entscheidet allerdings das Schaumburg-Lippesche Gesetz (§ 85). Aber vgl. Runde, Interimswirtschaft, S. 146, N. d; Scholz, der Dritte, Über Abfindungen von deutschen Bauerngütern, § 58; Stobbe, Deutsches Privatrecht, § 324.

[2]) Entw. §§ 105 bis 109, Jur. Bl. 1908, Nr. 8; Wellspacher, Kritische Bemerkungen, S. 44 ff.; Schiffner, Erbrechtsreform, S. 65 ff.

mischte Schenkung behandelt[1]). Übersteigt nun der Betrag der reinen Schenkung, d. h. der Vorteil, der dem Übernehmer nach Abrechnung des Wertes der Gegenleistungen verbleibt, nicht den halben Vermögenswert, so müssen sich nach heutigem Rechte die Geschwister mit den ihnen zugewiesenen Abfindungen zufrieden geben. Nach dem Tode des Ausgedingers ist gewöhnlich kein erheblicher Nachlaß vorhanden, die Abhandlung wird armutshalber abgetan. Das wird hoffentlich auch in Zukunft geschehen, aber für den Zweck der Pflichtteilsberechnung wird immer ein Nachlaß vorhanden sein. Nach § 105 Entw. muß nämlich auf Verlangen eines Pflichtteilsberechtigten zum wirklichen Nachlasse, der vielleicht nur in Leibeskleidung besteht, der Betrag der unter Lebenden gemachten Schenkungen hinzugerechnet werden, also der Vorteil des Übernehmers und die Erbgelder der übrigen Kinder; danach wird sodann der Pflichtteil des Unzufriedenen berechnet. Auf diese Weise kann auch die Witwe des Ausgedingers, wenn sie sich mit dem ihr zugewiesenen Ausgedinge allein nicht begnügen will, nachträglich die Auszahlung eines Pflichtteiles in barem Gelde durchsetzen und zwar selbst dann, wenn sie erst nach der Gutsabtretung — also einen Ausgedinger! — geheiratet hat; denn der Erblasser hatte ja zur Zeit der Gutsabtretung mindestens einen Noterben, nämlich den Übernehmer, und das genügt nach der tiefsinnigen Vorschrift des § 105, Abs. 2, um den Anspruch des erst nachträglich durch Heirat oder Geburt erlangten Noterben zu rechtfertigen[2]).

Wo es darauf ankommt, derartigen Ansprüchen vorzubeugen, stehen jedoch zwei Wege offen.

a) Das Ausgedinge wird so hoch als möglich angesetzt, am besten so, daß es den Reinertrag des Gutes übersteigt[3]).

---

[1]) Spruchrepertorium, Nr. 6 (Slg. Nr. 4659). Finanzrechtliche Entsch. des V. G. H. vom 25. September 1901, Nr. 461.

[2]) Vgl. Jur. Bl. 1908, Nr. 8.

[3]) Das Ausgedinge muß ja nicht in vollem Umfange ausgeübt werden! Der Ausgedinger kann sogar nachträglich einen Teil der Ausgedingsleistungen erlassen. Schenkungen „aus den Einkünften des Geschenkgebers" sind nämlich nicht anrechenbar (Entw. 105, Abs. 2).

Dann liegt keine Schenkung mehr vor, sondern ein Leibrentenvertrag, den sich die Noterben nach § 1286 a. b. G. B. gefallen lassen müssen. Wie wenig dieser Ausweg dem Interesse der Landwirtschaft entspricht, das muß nicht erst gesagt werden.

b) Das Gut wird nicht dem Sohne, sondern der Schwiegertochter übergeben. Dann kommt es nur darauf an, daß der Ausgedinger noch fünf Jahre lebt und das ist ja gewöhnlich der Fall[1]). In dem sehr häufigen Falle der Zuwendung an Sohn und Schwiegertochter je zur Hälfte ergibt sich die merkwürdige Erscheinung, daß — wenn der Übergeber nach mehr als fünf Jahren stirbt — zwar die Hälfte des Sohnes angerechnet und nötigenfalls (§ 108) zum Teile herausgegeben werden muß, nicht aber die Hälfte der Schwiegertochter. Denn die Schwiegertochter ist, weil sie kein Pflichtteilsrecht besitzt, durch den Fristablauf geschützt. Auch diese Erscheinung wird schwerlich dazu beitragen, die Bauern von der Weisheit und Gerechtigkeit des neuen Gesetzes zu überzeugen.

§ 17. Das Erbrecht.

Das Erbrecht des Entwurfes hat vielfältige Zustimmung gefunden, zwar nicht hinsichtlich der technischen Durchführung im einzelnen, aber doch hinsichtlich der Grundsätze und Absichten. Gleichwohl muß ich — auf die Gefahr hin, der Rückständigkeit geziehen zu werden — gerade gegen das hochmoderne Erbrecht des Entwurfes den entschiedensten Widerspruch einlegen[2]).

Die Verfasser des Entwurfes scheinen gar nicht daran gedacht zu haben, daß das Erbrecht die wichtigste Quelle des

[1]) Die durchschnittliche Dauer des Ausgedinges beträgt 15 bis 25 Jahre. Vgl. die statistischen Angaben bei Horáček, Das Ausgedinge, S. 30 ff.

[2]) Ich habe dies alsbald nach dem Erscheinen des Entwurfes in meinen Beiträgen zu den erbrechtlichen Bestimmungen der Zivilrechtsnovelle (Jur. Bl. 1908, Nr. 5 und 8) getan. Wiederholung des einmal Gesagten soll im folgenden möglichst vermieden werden.

unfruchtbaren Besitzkredites ist und die einzige, auf die der Gesetzgeber nachhaltigen Einfluß gewinnen kann. Nach den Erhebungen des statistischen Landesamtes in Steiermark über die Ursachen der grundbücherlichen Schulden bäuerlicher Besitzer waren auf den Erbgang im Oberlande durchschnittlich 23·67%, im Mittellande 27·39% und im Unterlande gar 39·41% der Verschuldung zurückzuführen[1]).

Allein der Entwurf ist, unbekümmert um die Interessen des Grundbesitzes, einzig und allein bemüht, den sozialistischen Forderungen so weit als möglich entgegenzukommen. So hat denn die Stimme Anton Mengers wenigstens in seinem Vaterlande volle Beachtung gefunden.

Menger[2]) weist den „freundlichen Gedanken" zurück, das Erbrecht noch vor dem Privateigentum abzuschaffen, dafür will er vorläufig „die Grenzen der gesetzlichen Erbfolge etwas enger ziehen" (S. 229), er will die gesetzliche Erbfolge nur der zweiten oder höchstens noch der dritten Linie zugestehen (S. 231); unser Entwurf entspricht dieser Forderung fast vollkommen, da er aus der vierten Linie nur die Urgroßeltern beruft (§§ 88 bis 91). Menger will die erblosen Nachlässe den arbeitenden Klassen zuwenden, „aus deren Arbeitsertrag das Nachlaßvermögen angesammelt worden ist" (S. 233); er will zu diesem Behufe das Heimfallsrecht den Arbeiterversicherungsanstalten überweisen (S. 140 f.). Der Entwurf anerkennt im § 104 — freilich nur theoretisch — die Berechtigung dieser Forderung; er gedenkt hier sogar ausdrücklich der „Sozialversicherung". Menger empfiehlt das System der „zwangsweisen Erbteilung" als das „eigentlich volkstümliche Erbsystem" (S. 216, 227) — der Entwurf sorgt durch eine ganze Reihe von Bestimmungen dafür, daß sich der Nachlaß unter möglichst viele Erben verteile.

---

[1]) v. Hattingberg, Zur Frage der Bodenentschuldung. Verhandlungen des 27. Juristentages, II, S. 211.

[2]) Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl., S. 214 ff.

Ein konservatives, oder wie Menger sich ausdrückt, ein „aristokratisches" Erbrecht müßte von alledem das Gegenteil tun[1]). Die Zahl der nacheinander berufenen Erben könnte noch über den Kreis der Blutsverwandten hinaus erweitert werden, dabei müßte aber die Zahl der nebeneinander berufenen, also miteinander teilenden Erben so klein als möglich bleiben; insbesondere sollte dem Ehegatten auch in Zukunft neben Kindern nur ein Fruchtgenußrecht zugebilligt werden. Durch Einschränkung des Pflichtteilsrechtes sollte die ausgiebige Bevorzugung eines Kindes ermöglicht werden. Der Erbverzicht sollte nicht erschwert, sondern auf jede Weise erleichtert werden.

I. Die Herabrückung der Erbrechtsgrenze hat gewiß keine große praktische Bedeutung. Sie muß gleichwohl auf Widerstand stoßen als erster Schritt auf abschüssiger Bahn. Nicht zerstören sondern befestigen soll die Gesetzgebung das Verwandtschaftsbewußtsein. Der entfernte Verwandte wird ja zur Erbschaft nur berufen, wenn nähere nicht vorhanden sind. Er ist im einzelnen Falle immerhin der nächste, wenn nicht der einzige Verwandte. Daß aber das Fehlen der Zwischenglieder der entfernten Verwandtschaft höhere Bedeutung verleiht, daß hier das an sich lose Band sich enger zusammenzieht, das ist einfach eine Tatsache der täglichen Erfahrung[2]). Man erinnere sich nur, wie sehr die Innigkeit des Verhältnisses des Onkels

---

[1]) Das gibt Menger, S. 222 f., ohne weiteres zu.

[2]) Die erläuternden Bemerkungen (S. 108) sind anderer Meinung. Hier finden sich verblüffende Betrachtungen über die verwandtschaftlichen Beziehungen: „Die Urgroßeltern sind schon deshalb, weil derlei Fälle immerhin selten sind, ihren Nachkommen bekannt (das steinalte Mütterchen erregt also gewissermaßen als Kuriosität unser Interesse, es hat einen Seltenheitswert!) . . . Die Zahl der in der Seitenlinie durch gemeinschaftliche Urgroßeltern mit dem Erblasser verwandten Personen ist schon eine sehr große und ein Verwandtschaftsbewußtsein besteht nicht mehr (gegenüber dem Großonkel und der Großtante!), besonders dann nicht(!), wenn . . . keiner der Verwandten der früheren Linie vorhanden ist und auch die Urgroßeltern selbst nicht mehr am Leben sind."

oder der Tante zu den Neffen und Nichten davon abhängt, ob sie eigene Kinder haben oder nicht. So liebt auch der Großonkel, den unser Entwurf (zugunsten des Fiskus!) von der Erbschaft ausschließt, die Nachkommen seines Bruders vielleicht wie eigene Kinder, wenn er selbst keine Nachkommen besitzt.

Dem nächsten Verwandten — der Abstand der Linien und der Grade sei so groß er wolle — gönnt jeder seinen Nachlaß eher als dem Fiskus. Denn zieht man schon den weinenden Erben dem lachenden vor, so hat der lachende doch immer noch den Vorzug vor dem Erben, der nicht einmal lachen kann, vor dem Erben, für den der Erblasser nur einen Akt, nur eine Nummer bedeutet. Qui donne au commun, ne donne à pas un. Das ist die Volksauffassung. Sie ist nicht „antisozial“. Sie gönnt dem Staate die Erbsteuer, aber nicht das Erbe.

Das Heimfallsrecht des Fiskus ist nur ein Überrest längst veralteter Finanzpolitik; neben der Erbsteuer hat es keine Berechtigung. Auch der Gedanke des Aufsteigens vom engeren zum umschließenden weiteren Kreise kann den Anspruch des Fiskus nicht begründen. Denn hinter der Familie steht die Gemeinde; je kleiner sie ist, um so inniger verbindet sie ihre Angehörigen, um so offenkundiger stellt sie sich als die erweiterte Familie dar. Hinter der Gemeinde steht das Land und dann erst folgt die Gesamtheit der im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder.

Mag nun aber das Heimfallsrecht der Gemeinde, dem Lande oder dem Staate zustehen, immer wird es wünschenswert bleiben, die Erblosigkeit — „das Hinausfallen aus der Eigentumsordnung“ (Menger) — nach Möglichkeit zu vermeiden. Wenn es der österreichischen Gesetzgebung erlaubt ist, unbekümmert um das römische und um das deutsche Recht ihren eigenen Weg zu gehen, warum sollte sie sich dann in der gesetzlichen Erbfolgeordnung durchaus auf Blutsverwandte, Wahlkinder und Ehegatten beschränken? Der Entwurf rechnet ja selbst (im § 53) zur engeren Familie auch die Pflegekinder[1])

---

[1]) Oben § 6.

und die Ehegatten der leiblichen, der Wahl- und der Pflegekinder[1]). Warum zieht er ihnen bei der Regelung des gesetzlichen Erbrechtes den Fiskus vor?

Allerdings hat der Entwurf den unehelichen Kindern ein gesetzliches Erbrecht gegenüber den mütterlichen Verwandten gegeben. Aber er hat sich hier ganz dem dtsch. B. G. B. angeschlossen, das selbst wieder in den Erbfolgeordnungen gewisser Indianerstämme ein Vorbild findet[2]). Die unehelichen Kinder stehen gegenüber den mütterlichen Verwandten den ehelichen vollkommen gleich, gegenüber dem Vater und seinen Verwandten sind sie vom Erbrechte gänzlich ausgeschlossen[3]). Auf der einen Seite erhalten sie alles, auf der andern nichts. Dort wird die Bedeutung der Ehe, hier die der Blutsverwandtschaft ignoriert. Volkstümlich kann ein Recht nicht werden, das sich in so schroffen Gegensätzen gefällt. Man betrachte etwa folgenden Fall: (S. Seite 78.)

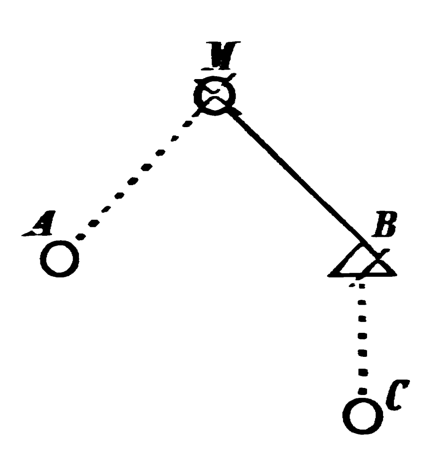
M hat einen unehelichen Sohn A und von einer vorverstorbenen ehelichen Tochter B einen unehelichen Enkel C hinterlassen. Nach heutigem Rechte fällt der Nachlaß an die zweite Linie; nach dem Entwurfe erhält der uneheliche Enkel C alles, der uneheliche Sohn A nichts! Wäre A ehelich, so würde ihm nach heutigem Rechte der ganze Nachlaß zufallen, in Zukunft muß der eheliche Sohn mit dem unehelichen Enkel gleich teilen. Man erkennt leicht, daß die Besserstellung der

---

[1]) Bei der zweiten Lesung des deutschen Gesetzbuches wurde — freilich ohne Erfolg — die Einbeziehung der Schwiegertochter in die gesetzliche Erbfolgeordnung angeregt. Martini (pos. 799) wollte nach den Blutsverwandten und dem Ehegatten die Verschwägerten schlechthin zur Erbschaft berufen. Vgl. meine Erörterungen über „die österreichische Erbfolgeordnung" in der Ztschr. f. Notariat 1903.

[2]) Gierke, Der Entwurf des B. G. B. und das deutsche Recht, S. 480: „ein Stück Mutterrecht".

[3]) Daß die Gesetzgebung das uneheliche Kind zum väterlichen Nachlasse nicht einmal an letzter Stelle — vor dem Fiskus — beruft, wird von der Kritik einmütig getadelt. Endemann, Lehrbuch III, § 15, N. 10. Nur unserem Entwurfe erscheint das deutsche System mustergiltig. Vgl. dagegen Krasnopolski, S. 10.



unehelichen Kinder im Sinne des von Menger empfohlenen Systemes der Nachlaßzersplitterung liegt und die Verschuldung des Grundbesitzes durch Erbabfindungen vermehren muß[1].

II. Unvergleichlich größeren Schaden wird in dieser Hinsicht das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht anrichten, das der 7. Titel des Entwurfes dem Ehegatten beilegt. Das a. b. G. B. gewährt dem Ehegatten bei der gesetzlichen Erbfolge neben Kindern nur den Fruchtgenuß an einem Teile des Nachlasses[2]). Dieses Recht kann also nicht zu einer dauernden Belastung des Grundbesitzes führen. Dank der Einrechnungsvorschrift des § 758 ist es in vielen Fällen — nämlich wenn für den überlebenden Ehegatten in den Ehepakten hinlänglich gesorgt ist — gegenstandslos. Zu der ungeheuren Schuldenlast des Grundbesitzes hat der gesetzliche Anspruch des überlebenden Ehegatten bisher nichts beigetragen.

Das soll nun anders werden. Das vom Entwurfe angenommene System der Nachlaßzersplitterung fordert die Ge-

---

[1]) In Spanien (G. B. Art. 939) sind die unehelichen Kinder nach, aber nicht neben ehelichen Kindern zur Erbschaft berufen. In Portugal (Art. 1990) erhalten sie neben ehelichen Kinder einen kleineren Erbteil. Vgl. auch schweizer. Z. G. B., Art. 461, Abs. 2.

[2]) Ebenso das französische, italienische, spanische Recht. Das schwedische Recht schließt den Ehegatten von der gesetzlichen Erbfolge aus.

währung eines wirklichen Miterbrechtes statt des bloßen Fruchtgenußrechtes. Damit stimmen die Wünsche eines einflußreichen Vereines — des allgemeinen österreichischen Frauenvereines — überein[1]). Der überlebende Ehegatte soll also in Zukunft neben Kindern des Erblassers — und zwar ohne Rücksicht auf deren Anzahl — ein Viertel des Nachlasses als freies Eigentum erhalten[2]). Der eigene Erbteil des Übernehmers, die einzige Hoffnung und Grundlage künftiger Entlastung, wird kleiner. Eine einfache Rechnung läßt die Tragweite der Änderung erkennen.

Der Übernehmer hat an Abfindungen an die Miterben, von einem Nachlasse von 1000 im ganzen folgende Beträge zu entrichten, wenn außer dem überlebenden Elternteil (Stiefelternteil) beteiligt sind:

Geschwister	nach dem a. b. G. B.	nach dem Entwurfe
0	0	250
1	500	625
2	667	750
3	750	812½
4	800	850

usf.

Überdies muß der Übernehmer dem Ehegatten des Erblassers den Hausrat überlassen (Entw. § 97) und das in den Ehepakten etwa bedungene Ausgedinge entrichten.

Die verhängnisvollen Wirkungen dieser Überlastung werden nicht sofort in vollem Umfange hervortreten; vieler Jahre bedarf es, bis der Segen oder Fluch einer geänderten Erbfolgeordnung zur Geltung kommt. Bis dahin aber kann das neue Erbrecht im Rechtsbewußtsein des Volkes sich so tief einwurzeln, daß seine Beseitigung unmöglich wird. So ist es ja auch mit der Teilbarkeit der Bauerngüter, so mit der Gleichberechtigung der Kinder gegangen. Es ist darum wichtig, die heute noch bestehenden Schutzwehren des Grundbesitzes zu

---

1) Erl. Bem., S. 110.

2) Vgl. gegen diese Neuerung Wellspacher, S. 43 f. und Schiffner, S. 30 ff.

erhalten — nicht einzureißen, was vielleicht nie wieder aufgebaut werden kann.

Aber sehen wir nicht zu schwarz? Kommt wirklich so viel darauf an, ob der überlebende Ehegatte Fruchtnießer oder Eigentümer wird? „Nach dem natürlichen Gange der Dinge," so lassen sich die erläuternden Bemerkungen (S. 111) vernehmen, „werden die Kinder dadurch, daß dem überlebenden Ehegatten ein Teil der Erbschaft als Eigentum zufällt, nicht dauernd davon ausgeschlossen, da sie in der Regel ohnehin die Erben des überlebenden Ehegatten sind."

Dagegen ist zweierlei einzuwenden. Zunächst muß mit Schiffner (S. 31) gefragt werden: Wie, wenn die Kinder des Erblassers nicht des überlebenden Ehegatten eigene Kinder sind, wenn sie von ihm auf den Pflichtteil gesetzt werden, wenn er das Vermögen verbringt oder endlich, wenn er eine neue Ehe schließt[1], aus welcher vielleicht gleichfalls Kinder entspringen? Dann aber ist folgendes zu erwägen. Begnügt sich der überlebende Ehegatte mit einem Fruchtgenusse, so ist regelmäßig bei seinem Ableben kein Nachlaß vorhanden; die Abhandlung wird „armutshalber abgetan". Erhält er aber statt eines Fruchtgenusses oder Ausgedinges oder gar neben demselben (die Anrechnung fällt ja weg!) den vierten Teil des Nachlasses als Eigentum, so erlangen die Kinder diesen Teil im günstigsten Fall — also wenn das Vermögen nicht verbraucht wird [illegible] — erst vermittels einer zweiten Verlassenschaftsabhandlung, also mit doppelten Kosten und Gebühren. Die Reform bedeutet daher unter allen Umständen einen Nachteil für den Grundbesitz.

[illegible] werden die Freunde des Entwurfes die Rücksichtnahme auf den Grundbesitz [illegible] ablehnen. Vielleicht

---

[1] [illegible] die Wiederverehelichung, der [illegible] ist.

[2] [illegible] — [illegible] Rede — des [illegible] der Verteilung des über[illegible] Teils der [illegible] und [illegible] Grund[illegible].

werden sie sagen: für die Bauern möge das besondere bäuerliche Erbrecht sorgen, der Adel habe seine Fideikommisse und der übrigen Bevölkerung dürfe man ein fortschrittliches Erbrecht gönnen.

Indessen handelt es sich nicht bloß um den bäuerlichen Besitz, sondern um alle Arten des festen, von Geschlecht zu Geschlecht forterbenden Grundbesitzes — ebenso um den kleinen Besitz des Taglöhners, wie um den größeren des Fabrikanten. Überall droht vom Erbrechte her die Gefahr der Zersplitterung oder die der Verschuldung. Und was für den Grundbesitz gilt, das gilt genau so auch für jedes Unternehmen, das zu seinem Gedeihen der Vereinigung beweglicher Güter in einer Hand bedarf. Jedenfalls aber trifft die Erhöhung der Vermögensübertragungsgebühren und Abhandlungskosten ohne Unterschied die ganze Bevölkerung. Und schließlich wäre doch der Bauernstand auch für sich allein wichtig genug, um bei einer Reform des allgemeinen Zivilrechtes die Schonung seiner Interessen fordern zu können.

Ein besonderes bäuerliches Erbrecht besitzen wir ja gar nicht, wir haben nur — und auch das bisher erst in zwei Kronländern — besondere Erbteilungsvorschriften [1]). Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten wird also auch hier die Abfindungen und somit die Verschuldung erhöhen. Übrigens werden sogar die Bestimmungen über die Berufung zur Hofübernahme durch den Entwurf auf den Kopf gestellt. Das Gesetz vom 1. April 1889 (§ 5) und die Landesgesetze binden sich nämlich ausdrücklich „an das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge", sie setzen aber dabei auf das Bestimmteste voraus (vgl. nur § 5, Satz 2 des Ges. v. 1889), daß der Ehegatte erst nach den Kindern, also in der zweiten Linie berufen ist. In Zukunft wird in Kärnten ganz gegen die Absicht des Landesgesetzes (§ 15) der Witwer (als ältester männlicher Erbe der ersten Linie) den Vorzug vor allen Kindern und die Witwe

[1]) Das böhmische Landesgesetz ist (zur Zeit der Korrektur dieses Gutachtens) noch nicht kundgemacht.

wenigstens den Vorzug vor den Töchtern haben (§ 7); zu demselben Ergebnisse wird [illegible] Auslegung wohl auch für Tirol führen.

III. Die nachteiligen Folgen, die sich an die gesetzliche Berufung zahlreicher Miterben knüpfen, können auf zweifache Art ganz oder teilweise abgewendet werden: entweder vom Erblasser durch Testament oder vom künftig Berufenen durch Erbverzicht. Das von Menger empfohlene System der „zwangsweisen Erbteilung" muß also die Testierfreiheit einschränken und den Erbverzicht erschweren. Beiden Forderungen entspricht unser Entwurf. Die Anwendung des neuen Rechtes auf hergebrachte Geschäfte wird der Bevölkerung merkwürdige Überraschungen bringen. Man nehme die gewöhnlichste Art der wechselseitigen Testamente: die Ehegatten setzen einander wechselseitig zu Erben ein, nach dem Tode des Überlebenden soll der Nachlaß gewissen Verwandten zufallen. Dieses Testament verletzt das Pflichtteilsrecht des Überlebenden (§ 100 Entw.), die Substitution ist also teilweise ungültig (§ 774 a. b. G. B.). Allerdings ist ja das Testament im beiderseitigen Einverständnisse errichtet worden, es liegt also ein stillschweigender Pflichtteilsverzicht vor. Einen solchen Verzicht läßt aber § 79 Entw. nicht gelten[1].

Das Pflichtteilsrecht wird im Entwurfe nicht abgeschwächt, sondern verschärft. Dem Ehegatten wird ein Pflichtteilsrecht zugestanden, das angesichts der Möglichkeit von Ehepakten und neben dem Unterhaltsanspruche des § 796 a. b. G. B. (§ 102 Entw.) durchaus entbehrlich ist. Ferner werden bei Berechnung des Pflichtteiles die Schenkungen des Erblassers zum Nachlasse gerechnet, so daß der Pflichtteil den

---

[1] Man kann freilich sagen, daß schon gegenwärtig der „als Ehepakt beabsichtigte Erbverzicht" der Form des Notariatsaktes bedürfe (Schiffner, S. 1). Aber diese Absicht ist in unserem Falle ausgeschlossen. Das dtsch. G. B. gewährt für den Erbverzicht zwischen Ehegatten und Brautleuten eine — allerdings nicht die Form betreffende — Erleichterung im § 2347.

ganzen wirklichen Nachlaß verschlingen kann[1]). Gerade auf dem Gebiete des Pflichtteilsrechtes sind jedoch Erleichterungen dringend geboten. Allerdings sind die Pflichtteilsberechtigten in der Regel bereit, ihre Ansprüche den Verhältnissen anzupassen, aber das ist nicht immer der Fall. Sind sie minderjährig, so wird jede noch so vernünftige Anordnung und nach der Praxis[2]) auch jedes Übereinkommen schonungslos vereitelt, so lange der Pflichtteil nicht „ganz frei" (§ 774 a. b. G. B.) und so gut als möglich sichergestellt ist. Denn der Staat interessiert sich nur für die Minderjährigen; erst nach erreichter Großjährigkeit überläßt er seine Schützlinge ihrem Schicksal, um sie später wieder zugunsten eines jüngeren Geschlechtes zu bedrängen. Leben wir doch im Jahrhunderte des Kindes!

Der gänzlichen Beseitigung des Pflichtteilsrechtes — nach englischem Vorbilde — wage ich nicht das Wort zu reden. Denn das Pflichtteilsrecht der Kinder ist ein durchaus volkstümliches Recht, es beruht — anders als das Pflichtteilsrecht der Eltern — auf ältester Überlieferung, es entspricht dem natürlichen Gefühle. Aber vielleicht können wir dieses Recht einschränken, wenn wir es zugleich erweitern, vielleicht können wir der Testierfreiheit — nach dem Vorbilde des spanischen Rechtes[3]) — größeren Raum schaffen, wenn es gilt, ein Kind zu begünstigen, sie in engere Grenzen schließen, wenn das Testament Fremde den Kindern vorziehen will?

Das spanische Gesetz (Art. 808) zerlegt den Nachlaß in drei Teile. Ein Drittel, die eigentliche Pflichtteilsmasse, gebührt allen Kindern gleichmäßig, ein Drittel, die Mejora, kann unter die Kinder ungleich verteilt, auch ganz einem einzigen Kinde

---

[1]) Über die Gefährdung der Gutsübergabe durch diese Neuerung oben § 16.

[2]) Vgl. die juristisch unfaßbare Verordnung des Justizministeriums vom 12. Dezember 1896, Nr. 42 V. Bl. und dazu Krainz, 4. Aufl., § 471, N. 11a und § 527, N. 1.

[3]) Ähnlich das Recht einiger Schweizer Kantone, siehe Erläuterungen zum schweizerischen Vorentwurf II, S. 22.

zugewendet werden und nur über das letzte Drittel kann der Erblasser nach Willkür auch zugunsten Fremder verfügen. Will nun etwa der Vater sein Bauerngut einem der Kinder zuwenden und es so wenig als möglich mit den Erbteilsabfindungen der anderen beschweren, so wendet er diesem Kinde zu:

1. Den Pflichtteil, also wenn z. B. im ganzen vier Kinder vorhanden sind, ein Zwölftel des Nachlasses,

2. die ganze Mejora, das ist ein Drittel des Nachlasses und überdies

3. den frei verfügbaren Nachlaß, also wieder ein Drittel.

Das sind zusammen drei Viertel des ganzen Vermögens, während die weichenden Miterben mit je einem Zwölftel abgefunden werden.

Das, meine ich, ist das Muster eines konservativen, den Besitz sichernden Pflichtteilsrechtes [1]). Kann man sich nicht entschließen, es schon jetzt in unser allgemeines bürgerliches Recht aufzunehmen, so möge wenigstens der Landesgesetzgebung anheimgestellt werden, dieses Pflichtteilsrecht für die Vererbung landwirtschaftlicher Güter einzuführen.

Außerdem bedarf die harte, unnachgiebige Regel des § 774 a. b. G. B. der Abschwächung. Hier hat das Gesetz vom 1. April 1889 (§ 13) vernünftiger Reform die Bahn gebrochen.

Soll sich aber die österreichische Gesetzgebung durchaus darauf beschränken, eine „eigenartige Privatrechtsgemeinschaft mit dem Deutschen Reiche anzubahnen“ [2]), etwa in der Weise, wie das Fürstentum Liechtenstein die Rechtsgemeinschaft mit unserem Vaterlande glücklich durchgesetzt hat, dann ist nicht einzusehen, warum das deutsche Erbrecht nur so weit herübergenommen wird, als es dem Grundbesitze schaden kann, warum

[1]) In Frankreich ist ihm die Stimmung günstig. Hat dieses Pflichtteilsrecht erst einmal in den künftigen Code civil Eingang gefunden, dann wird es wahrscheinlich den Siegeszug durch die europäischen Gesetzgebungen antreten und wir werden zuletzt auch mittun.

[2]) Schiffner, S. 89.

nicht auch förderliche Bestimmungen nachgeahmt werden. Warum soll § 2306 des dtsch. B. G. B. nicht auch uns die sozinische Kautel ersparen? Warum sollen die wichtigen Bestimmungen der §§ 2049 und 2312 des dtsch. B. G. B. nicht auch bei uns die Übernahme von Landgütern zum Ertragswerte und die Pflichtteilsberechnung nach diesem Werte ermöglichen? War es wieder die Stimme Anton Mengers[1]), die unseren Gesetzgeber geleitet hat? Menger freilich wittert in den §§ 2049 und 2312 „verhüllte aristokratische Tendenzen". Denn der Zweck dieser „Ausnahmsbestimmungen" ist, wie Menger mit scharfem Tadel hervorhebt, die Erhaltung eines gesunden und kräftigen Bauernstandes.

[1]) Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, S. 228 f.

Inhaltsverzeichnis.

Betrachtungen

über den

Revisionsentwurf.

Von

Robert von Mayr,

Professor an der Universität in Czernowitz.



Wien.

Im Verlage des XI. österreichischen Advokatentages.

1908.

erhalten — nicht einzureißen, was vielleicht nie wieder aufgebaut werden kann.

Aber sehen wir nicht zu schwarz? Kommt wirklich so viel darauf an, ob der überlebende Ehegatte Fruchtnießer oder Eigentümer wird? „Nach dem natürlichen Gange der Dinge," so lassen sich die erläuternden Bemerkungen (S. 111) vernehmen, „werden die Kinder dadurch, daß dem überlebenden Ehegatten ein Teil der Erbschaft als Eigentum zufällt, nicht dauernd davon ausgeschlossen, da sie in der Regel ohnehin die Erben des überlebenden Ehegatten sind."

Dagegen ist zweierlei einzuwenden. Zunächst muß mit Schiffner (S. 31) gefragt werden: Wie, wenn die Kinder des Erblassers nicht des überlebenden Ehegatten eigene Kinder sind, wenn sie von ihm auf den Pflichtteil gesetzt werden, wenn er das Vermögen verbringt oder endlich, wenn er eine neue Ehe schließt[1]), aus welcher vielleicht gleichfalls Kinder entspringen? Dann aber ist folgendes zu erwägen. Begnügt sich der überlebende Ehegatte mit einem Fruchtgenusse, so ist regelmäßig bei seinem Ableben kein Nachlaß vorhanden; die Abhandlung wird „armutshalber abgetan". Erhält er aber statt eines Fruchtgenusses oder Ausgedinges oder gar neben demselben (die Einrechnung fällt ja weg!) den vierten Teil des Nachlasses als Eigentum, so erlangen die Kinder diesen Teil im günstigsten Fall — also wenn das Vermögen nicht verbraucht wird usf. — erst vermittels einer zweiten Verlassenschaftsabhandlung, also mit doppelten Kosten und Gebühren. Die Reform bedeutet daher unter allen Umständen einen Nachteil für den Grundbesitz[2]).

Vielleicht werden die Freunde des Entwurfes die Rücksichtnahme auf den Grundbesitz kurzweg ablehnen. Vielleicht

[1]) Die Kapitalsabfindung erleichtert die Wiederverehelichung, der Fruchtgenuß (Ausgedinge) erschwert sie.

[2]) Anders nur in dem — freilich häufigen Falle — des Miteigentums der Ehegatten. Da erleichtert die Besserstellung des überlebenden Teiles den Aufgriff und ist vom volkswirtschaftlichen Standpunkte geradezu nützlich.

werden sie sagen: für die Bauern möge das besondere bäuerliche Erbrecht sorgen, der Adel habe seine Fideikommisse und der übrigen Bevölkerung dürfe man ein fortschrittliches Erbrecht gönnen.

Indessen handelt es sich nicht bloß um den bäuerlichen Besitz, sondern um alle Arten des festen, von Geschlecht zu Geschlecht forterbenden Grundbesitzes — ebenso um den kleinen Besitz des Taglöhners, wie um den größeren des Fabrikanten. Überall droht vom Erbrechte her die Gefahr der Zersplitterung oder die der Verschuldung. Und was für den Grundbesitz gilt, das gilt genau so auch für jedes Unternehmen, das zu seinem Gedeihen der Vereinigung beweglicher Güter in einer Hand bedarf. Jedenfalls aber trifft die Erhöhung der Vermögensübertragungsgebühren und Abhandlungskosten ohne Unterschied die ganze Bevölkerung. Und schließlich wäre doch der Bauernstand auch für sich allein wichtig genug, um bei einer Reform des allgemeinen Zivilrechtes die Schonung seiner Interessen fordern zu können.

Ein besonderes bäuerliches Erbrecht besitzen wir ja gar nicht, wir haben nur — und auch das bisher erst in zwei Kronländern — besondere Erbteilungsvorschriften [1]). Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten wird also auch hier die Abfindungen und somit die Verschuldung erhöhen. Übrigens werden sogar die Bestimmungen über die Berufung zur Hofübernahme durch den Entwurf auf den Kopf gestellt. Das Gesetz vom 1. April 1889 (§ 5) und die Landesgesetze binden sich nämlich ausdrücklich „an das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge", sie setzen aber dabei auf das Bestimmteste voraus (vgl. nur § 5, Satz 2 des Ges. v. 1889), daß der Ehegatte erst nach den Kindern, also in der zweiten Linie berufen ist. In Zukunft wird in Kärnten ganz gegen die Absicht des Landesgesetzes (§ 15) der Witwer (als ältester männlicher Erbe der ersten Linie) den Vorzug vor allen Kindern und die Witwe

[1]) Das böhmische Landesgesetz ist (zur Zeit der Korrektur dieses Gutachtens) noch nicht kundgemacht.

wenigstens den Vorzug vor den Töchtern haben (§ 7); zu demselben Ergebnisse wird unbefangene Auslegung wohl auch für Tirol führen.

III. Die nachteiligen Folgen, die sich an die gesetzliche Berufung zahlreicher Miterben knüpfen, können auf zweifache Art ganz oder teilweise abgewendet werden: entweder vom Erblasser durch Testament oder vom künftig Berufenen durch Erbverzicht. Das von Menger empfohlene System der „zwangsweisen Erbteilung“ muß also die Testierfreiheit einschränken und den Erbverzicht erschweren. Beiden Forderungen entspricht unser Entwurf. Die Anwendung des neuen Rechtes auf hergebrachte Geschäfte wird der Bevölkerung merkwürdige Überraschungen bringen. Man nehme die gewöhnlichste Art der wechselseitigen Testamente: die Ehegatten setzen einander wechselseitig zu Erben ein, nach dem Tode des Überlebenden soll der Nachlaß gewissen Verwandten zufallen. Dieses Testament verletzt das Pflichtteilsrecht des Überlebenden (§ 100 Entw.), die Substitution ist also teilweise ungiltig (§ 774 a. b. G. B.). Allerdings ist ja das Testament im beiderseitigen Einverständnisse errichtet worden, es liegt also ein stillschweigender Pflichtteilsverzicht vor. Einen solchen Verzicht läßt aber § 79 Entw. nicht gelten[1]).

Das Pflichtteilsrecht wird im Entwurfe nicht abgeschwächt, sondern verschärft. Dem Ehegatten wird ein Pflichtteilsrecht zugestanden, das angesichts der Möglichkeit von Ehepakten und neben dem Unterhaltsanspruche des § 796 a. b. G. B. (§ 102 Entw.) durchaus entbehrlich ist. Ferner werden bei Berechnung des Pflichtteiles die Schenkungen des Erblassers zum Nachlasse gerechnet, so daß der Pflichtteil den

---

[1]) Man kann freilich sagen, daß schon gegenwärtig der „als Ehepakt beabsichtigte Erbverzicht“ der Form des Notariatsaktes bedürfe (Schiffner, S. 1). Aber diese Absicht ist in unserem Falle ausgeschlossen. Das dtsch. G. B. gewährt für den Erbverzicht zwischen Ehegatten und Brautleuten eine — allerdings nicht die Form betreffende — Erleichterung im § 2347.

ganzen wirklichen Nachlaß verschlingen kann[1]). Gerade auf dem Gebiete des Pflichtteilsrechtes sind jedoch Erleichterungen dringend geboten. Allerdings sind die Pflichtteilsberechtigten in der Regel bereit, ihre Ansprüche den Verhältnissen anzupassen, aber das ist nicht immer der Fall. Sind sie minderjährig, so wird jede noch so vernünftige Anordnung und nach der Praxis[2]) auch jedes Übereinkommen schonungslos vereitelt, so lange der Pflichtteil nicht „ganz frei" (§ 774 a. b. G. B.) und so gut als möglich sichergestellt ist. Denn der Staat interessiert sich nur für die Minderjährigen; erst nach erreichter Großjährigkeit überläßt er seine Schützlinge ihrem Schicksal, um sie später wieder zugunsten eines jüngeren Geschlechtes zu bedrängen. Leben wir doch im Jahrhunderte des Kindes!

Der gänzlichen Beseitigung des Pflichtteilsrechtes — nach englischem Vorbilde — wage ich nicht das Wort zu reden. Denn das Pflichtteilsrecht der Kinder ist ein durchaus volkstümliches Recht, es beruht — anders als das Pflichtteilsrecht der Eltern — auf ältester Überlieferung, es entspricht dem natürlichen Gefühle. Aber vielleicht können wir dieses Recht einschränken, wenn wir es zugleich erweitern, vielleicht können wir der Testierfreiheit — nach dem Vorbilde des spanischen Rechtes[3]) — größeren Raum schaffen, wenn es gilt, ein Kind zu begünstigen, sie in engere Grenzen schließen. wenn das Testament Fremde den Kindern vorziehen will?

Das spanische Gesetz (Art. 808) zerlegt den Nachlaß in drei Teile. Ein Drittel, die eigentliche Pflichtteilsmasse, gebührt allen Kindern gleichmäßig, ein Drittel, die Mejora, kann unter die Kinder ungleich verteilt, auch ganz einem einzigen Kinde

[1]) Über die Gefährdung der Gutsübergabe durch diese Neuerung oben § 16.

[2]) Vgl. die juristisch unfaßbare Verordnung des Justizministeriums vom 12. Dezember 1896, Nr. 42 V. Bl. und dazu Krainz, 4. Aufl., § 471, N. 11a und § 527, N. 1.

[3]) Ähnlich das Recht einiger Schweizer Kantone, siehe Erläuterungen zum schweizerischen Vorentwurf II, S. 22.

zugewendet werden und nur über das letzte Drittel kann der Erblasser nach Willkür auch zugunsten Fremder verfügen. Will nun etwa der Vater sein Bauerngut einem der Kinder zuwenden und es so wenig als möglich mit den Erbteilsabfindungen der anderen beschweren, so wendet er diesem Kinde zu:

1. Den Pflichtteil, also wenn z. B. im ganzen vier Kinder vorhanden sind, ein Zwölftel des Nachlasses,

2. die ganze Mejora, das ist ein Drittel des Nachlasses und überdies

3. den frei verfügbaren Nachlaß, also wieder ein Drittel.

Das sind zusammen drei Viertel des ganzen Vermögens, während die weichenden Miterben mit je einem Zwölftel abgefunden werden.

Das, meine ich, ist das Muster eines konservativen, den Besitz sichernden Pflichtteilsrechtes[1]). Kann man sich nicht entschließen, es schon jetzt in unser allgemeines bürgerliches Recht aufzunehmen, so möge wenigstens der Landesgesetzgebung anheimgestellt werden, dieses Pflichtteilsrecht für die Vererbung landwirtschaftlicher Güter einzuführen.

Außerdem bedarf die harte, unnachgiebige Regel des § 774 a. b. G. B. der Abschwächung. Hier hat das Gesetz vom 1. April 1889 (§ 13) vernünftiger Reform die Bahn gebrochen.

Soll sich aber die österreichische Gesetzgebung durchaus darauf beschränken, eine „eigenartige Privatrechtsgemeinschaft mit dem Deutschen Reiche anzubahnen“[2]), etwa in der Weise, wie das Fürstentum Liechtenstein die Rechtsgemeinschaft mit unserem Vaterlande glücklich durchgesetzt hat, dann ist nicht einzusehen, warum das deutsche Erbrecht nur so weit herübergenommen wird, als es dem Grundbesitze schaden kann, warum

---

[1]) In Frankreich ist ihm die Stimmung günstig. Hat dieses Pflichtteilsrecht erst einmal in den künftigen Code civil Eingang gefunden, dann wird es wahrscheinlich den Siegeszug durch die europäischen Gesetzgebungen antreten und wir werden zuletzt auch mittun.

[2]) Schiffner, S. 89.

nicht auch förderliche Bestimmungen nachgeahmt werden. Warum soll § 2306 des dtsch. B. G. B. nicht auch uns die sozinische Kautel ersparen? Warum sollen die wichtigen Bestimmungen der §§ 2049 und 2312 des dtsch. B. G. B. nicht auch bei uns die Übernahme von Landgütern zum Ertragswerte und die Pflichtteilsberechnung nach diesem Werte ermöglichen? War es wieder die Stimme Anton Mengers[1]), die unseren Gesetzgeber geleitet hat? Menger freilich wittert in den §§ 2049 und 2312 „verhüllte aristokratische Tendenzen". Denn der Zweck dieser „Ausnahmsbestimmungen" ist, wie Menger mit scharfem Tadel hervorhebt, die Erhaltung eines gesunden und kräftigen Bauernstandes.

1) Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, S. 228 f.

Inhaltsverzeichnis.

Betrachtungen

über den

Revisionsentwurf.

Von

Robert von Mayr,

Professor an der Universität in Czernowitz.



Wien.

Im Verlage des XI. österreichischen Advokatentages.

1908.

Betrachtungen über den Revisionsentwurf.

Von

Robert von Mayr,
Professor an der Universität in Czernowitz.

I. Einleitung.

Auch Gesetzentwürfe haben ihre Schicksale. Nur wenige erreichen mühelos ihr Ziel, die Gesetzeskraft. Die meisten müssen sich wenigstens durchgreifende Änderungen gefallen lassen. Manche scheitern an politischen Schwierigkeiten. Andere gehen an ihrer inneren Unzulänglichkeit zugrunde. Fast ist zu fürchten, um nicht zu sagen, zu hoffen, daß der Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des a. b. G. B.[1]), diesem letzteren Schicksale anheimfallen wird. Solch düstere Prognose ist nach der trotz einiger allgemeiner Lobsprüche überwiegend ablehnenden Kritik, die dem Entwurfe bisher zuteil wurde, sicherlich nicht aus der Luft gegriffen. Immerhin bedarf sie der Rechtfertigung. Dazu bietet sich ein zweifacher Weg.

Man könnte den Entwurf, wie das zum Teil geschehen ist, Paragraph für Paragraph durchprüfen, Abänderungen und Verbesserungen beantragen und auf diese Weise förmlich zur Aufstellung eines Gegenentwurfes gelangen. Diese Mühe dürfte nicht gescheut werden, wenn sich auf diese Weise ein brauchbares und wünschenswertes Ergebnis erzielen ließe. Wer aber nicht bloß Einzelheiten des Entwurfes für verfehlt erachtet, sondern dessen ganze Anlage und Ausführung nicht zu billigen vermag, wird diese seine Anschauung auf andere Weise zu erhärten

[1]) Regierungsvorlage, Nr. 29 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, 18. Session, 1907; im folgenden regelmäßig als „Novelle" bezeichnet.



trachten. Er wird die typischen Fehler des Entwurfes herausstellen und an Beispielen beleuchten, die solchen Partien des Entwurfes entnommen sind, die als die verhältnismäßig gelungensten gelten können. Dieser Weg soll hier eingeschlagen werden.

Es sollen an der Hand der obligationenrechtlichen Bestimmungen, die vielleicht den besten Teil des Entwurfes darstellen [1]), die typischen Mängel des Entwurfes aufgezeigt werden, ohne daß deshalb andere Bestimmungen des Entwurfes völlig außer Ansatz bleiben sollen. Auf diese Weise soll der Nachweis versucht werden, daß die Revision unseres bürgerlichen Gesetzbuches, so wünschenswert sie sein oder wenigstens manchen erscheinen mag, durch den vorliegenden Entwurf nicht zum besten eingeleitet scheint.

---

[1]) Vgl. namentlich das anerkennende Urteil von Mitteis, Der Entwurf einer Novelle zum a. b. G. B., 1908, S. 21. Für diese Auswahl war überdies der äußerliche Umstand entscheidend, daß mir die ehrenvolle Aufforderung der Advokatenkammer in einem Zeitpunkte zukam, da ich eben mit einer inzwischen erschienenen Kritik der obligationenrechtlichen Bestimmungen der Novelle für die „Juristischen Blätter“ beschäftigt war und für eine eingehende Besprechung des ganzen Entwurfes nicht mehr Zeit gefunden hätte.

II. Das Programm der Novelle.

„Mosaikartige Einzelkorrekturen“, „Änderungen gesetzlicher Bestimmungen rein positiver Natur, die durch Rechtswissenschaft und Rechtsfindung, wollte man ihre Freiheit noch so weit spannen, nicht herbeigeführt werden können“, waren das Ziel, das der Revision des bürgerlichen Gesetzbuches von Unger gesetzt wurde und das sich die Revisionskommission zu eigen machte. Dem entspricht auch der Titel, aber eben auch nur der Titel der Novelle. Wären die Verfasser der Novelle diesem Programm treu geblieben, hätten sie sich auf Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des a. b. G. B. beschränkt, hätten sie vielleicht etwas Brauchbares und Verdienstvolles schaffen können. Aber auch ihnen scheint beim Essen der Appetit gekommen zu sein. Sie machten sich nicht bloß an die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des a. b. G. B., sondern an die Änderung und Ergänzung des a. b. G. B. selbst. Auf diese Weise beschenkten sie uns mit neuen Rechtsinstituten und mit Neuerungen, die zum Teil nicht in ein bürgerliches Gesetzbuch, zum Teil überhaupt nicht in das österreichische Recht passen, und verabsäumten manches, was ein bescheideneres Programm eher zur Verwirklichung gebracht hätte.

Damit ist eine erste Gruppe grundlegender Mißgriffe der Novelle gekennzeichnet. Sie enthält Unpassendes und Überflüssiges und läßt manches Wünschenswerte vermissen.

Ein Grundirrtum der Novelle ist es vor allem, wenn sie glaubt, nur Vorschläge zu enthalten, die bereits wiederholt vor-

gebracht worden seien, ohne Widerspruch zu erregen[1]). Solche Einmütigkeit besteht hinsichtlich der von der Novelle in Angriff genommenen Fragen kaum darüber, daß, geschweige denn darüber, wie revidiert werden soll. Oder glaubt die Novelle, daß die Verpflichtung zur Ablehnung eines Antrages, wenn eine Annahmeerklärung nach der Natur des Geschäftes oder der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder wenn vom Antragsteller darauf verzichtet wurde (§ 119, Absatz 2), oder die Anfechtung wegen eines Irrtums, der zwar nicht von dem anderen Teile veranlaßt, diesem aber noch rechtzeitig aufgeklärt wurde (§ 124 a. E.), oder das allgemeine Wucherverbot des § 128, Z. 4 oder die Schriftform des Erbschaftskaufes (§ 130, Absatz 2) und andere Bestimmungen[2]) in der Tat widerspruchslos hingenommen werden sollen? Welche Skepsis in dieser Richtung angezeigt ist, beweist vielleicht am besten das Schicksal, das dem § 116 der Novelle in der Kritik zuteil wurde. Dieser Paragraph soll den ominösen Paragraph 887 a. b. G. B. auf-

[1]) Erläuternde Bemerkungen, S. 58. Mit dieser kühnen Bemerkung soll das in der Tat auffallende und wohl auf politische Motive zurückzuführende Vorgehen entschuldigt werden, daß man ein so wichtiges Gesetzgebungswerk, wie es die Revision des a. b. G. B. zweifellos ist, ohne „Befragung und Einvernehmung der verschiedenen dafür in Betracht kommenden Interessenten- oder Berufsorganisationen" in Angriff nahm.

[2]) Um auch ein Beispiel aus einem anderen Teile der Novelle anzuführen, sei auf deren § 84 hingewiesen, der den § 615 a. b. G. B. durch den Zusatz ergänzen soll: „Sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, geht das Recht des Nacherben auch dann auf seine Erben über (§ 537), wenn er den Eintritt des Substitutionsfalles nicht erlebt." Die Frage ist heute bestritten (vgl. Pfaff-Hofmann, Kommentar, 2, S. 229 ff; Literaturnachweise in der Novelle, S. 104 f., und bei Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle, 1908, S. 16, N. 1), eine gesetzliche Lösung der Zweifel daher gewiß wünschenswert. Doch fehlt es nicht an beachtenswertem Widerspruche gegen die von der Novelle geplante Lösung (vgl. Till, Der Entwurf, 1908, S. 25; Krasnopolski, Die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des a. b. G. B., 1908, S. 20). Sehr beachtenswerte Bedenken gegen andere grundsätzliche Änderungen des Erbrechtes durch die Novelle bei Ehrenzweig, Juristische Blätter, 1908, S. 86 f.

heben. Während nun die einen[1]) „wie von einem bösen Traum befreit“ „endlich aufatmen, daß § 887 fallen soll“, halten andere[2]), wie mir scheinen will, mit mehr Recht diese Aufhebung des § 887 „nicht für notwendig, nicht einmal für wünschenswert“. Denn § 887 verfolgt den durchaus anerkennenswerten Zweck, unverbindliche Vorbesprechungen von dem verbindlichen und als solcher schriftlich fixierten Vertrage zu trennen[3]) und den Dritten, der im Vertrauen auf die Urkunde Rechtsgeschäfte vorgenommen hat, zu schützen[4]). Die scheinbaren Härten aber, die sich aus dem Grundsatze des § 887 ergeben, haben Theorie und Praxis allmählich zu vermeiden gelernt[5]).

Die Novelle irrt jedoch nicht nur darin, daß sie glaubt, mit ihren Neuerungen auf allgemeine Zustimmung rechnen zu können. Die Überschreitung ihres Programmes bringt es vielmehr auch mit sich, daß sie viel Überflüssiges bringt, überflüssig teils darum, weil es überhaupt nicht neu ist, teils darum, weil es sich leicht missen ließe. Bloß scheinbar neu ist es z. B., wenn § 122 der Novelle unter den Umständen, die das Entstehen eines Vertrages hindern, nun auch ausdrücklich den hervorhebt, daß die Einwilligung in einen Vertrag erkennbarerweise nicht ernstlich gemeint war[6]), oder wenn § 127 der Novelle[7]) den möglichen Teil eines Vertrages trotz Un-

---

[1]) Bartsch, Die Reform des österreichischen Privatrechts, 1908, S. 21; zustimmend Till, a. a. O., S. 128 f.; Steinlechner, Über die Regierungsvorlage einer Novelle, 1908, S. 28, N. 2.

[2]) Wellspacher, Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle, 1908, S. 7 f.

[3]) Vgl. Ofner, Urentwurf, 2, S. 557.

[4]) Vgl. Wellspacher, Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 206 ff.

[5]) Vgl. v. Schey, Obligationsverhältnisse, 1, S. 159, N. 3.

[6]) Befremden erregt hier der Hinweis auf § 916, der vom Scheingeschäfte handelt, während hier die Mentalreservation und der Scherz in Frage stehen. Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 35; Wellspacher, a. a. O., S. 10.

[7]) Und zwar, wie sich aus den erläuternden Bemerkungen, S. 126, unzweifelhaft ergibt, in der Absicht, damit etwas neues zu sagen.

möglichkeit des anderen Teiles als gültig behandelt, „wenn anders aus dem Vertrage nicht hervorgeht, daß kein Punkt von dem anderen abgesondert werden könne", während das bisher galt, „wenn anders die vertragschließenden Teile nicht die ausdrückliche Bedingung gemacht haben, daß kein Punkt des Vertrages von dem anderen abgesondert werden könne". Denn daß die Einwilligung in einen Vertrag ernstlich „erkläret werden" muß, ist schon im geltenden Rechte (§ 869 a. b. G. B.) ausgesprochen, und daß der Mangel der Ernstlichkeit für den anderen Teil erkennbar sein muß, folgt schon aus der das österreichische Recht in diesen Fragen beherrschenden Erklärungs- oder Vertrauenstheorie. Ebenso war es schon bisher kaum zweifelhaft, daß unter einer ausdrücklichen Willenserklärung im Sinne des § 882 a. b. G. B. jede deutliche, sicher erkennbare Erklärung zu verstehen sei[1]). Ein anderes Beispiel dieser Art liefert die Bestimmung der Novelle (§ 79, Absatz 2), daß der Erbverzicht auch auf die Nachkommen des Verzichtenden wirkt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Novelle scheint hier zu glauben[2]), daß erst sie es ist, die dieser Norm Dispositivcharakter verleiht, während man in der Tat schon bisher nicht an der bloß dispositiven Natur dieser Bestimmung zweifelte[3]).

Anderes ist zwar, wörtlich genommen, neu, ließe sich aber leicht missen, weil es mit Hilfe der einfachsten Auslegungsbehelfe schon aus dem geltenden Rechte erschlossen werden kann. Obenan stehen da die Auslegungsregeln der §§ 114 und 115, die teils wörtlich aus dem Handelsgesetzbuche übernommen[4]), teils dem reichsdeutschen B. G. B. entlehnt sind[5]). Die erläuternden Bemerkungen räumen selbst ein, daß sie nur etwas selbst-

---

[1]) Vgl. Pfaff, Die Klausel: rebus sic stantibus in der Doktrin und der österreichischen Gesetzgebung, 1898, S. 107, N. 4.

[2]) Vgl. Erläuternde Bemerkungen, S. 103; ebenso Bartsch, Die Reform des österr. Privatrechts, 1908, S. 5.

[3]) Vgl. Pfaff-Hofmann, Exkurse, 2, S. 54.

[4]) Artikel 278, 279.

[5]) §§ 133, 157.

verständliches aussprechen[1]). Es mutet jedoch in einer Zeit, die dazu neigt, dem Richter den Vortritt vor dem Gesetzgeber zu lassen, geradezu sonderbar an, daß der Gesetzgeber es für nötig erachtet, dem Richter erst einzuschärfen, daß er den Parteiwillen zu erforschen, nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften, auf die im Verkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen habe und daß die Auslegung und Erfüllung von Verträgen der Übung des redlichen Verkehres entsprechen müsse. Die für die Aufnahme dieser Bestimmungen maßgebende Absicht aber[2]), den Mißverständnissen vorzubeugen, zu denen der Mangel solcher positiver Vorschriften im bürgerlichen im Gegensatze zum Handelsgesetzbuche geführt habe, erscheint wohl arg verspätet. Es wäre denn, daß wirklich jemand ernsthaft behaupten wollte, das bald hundertjährige Gesetz habe bisher dieser segensreichen Art der Auslegung entraten[3]). Nicht bloß solche Gefühlsmomente sprechen indessen gegen die Aufnahme dieser Auslegungsregeln in das a. b. G. B. Viel ausschlaggebender ist das Bedenken, daß solche Regeln, sobald sie gesetzlich formuliert sind, die Neigung fördern, sie für wirkliche Rechtssätze zu nehmen und dann das Hauptgewicht auf den Sinn des gesprochenen Wortes zu legen, von dem nur insoweit abgewichen werden dürfe, als es das

[1]) Erläuternde Bemerkungen, S. 119. Auch die Berücksichtigung der Übung des redlichen Verkehres bei Auslegung und Erfüllung von Verträgen ist doch wohl schon geltendes Recht. Vgl. Mayr, Zur Frage der Revision, 1906, S. 31, N. 147, und jetzt namentlich v. Schey, Obligationsverhältnisse, 1, S. 541 ff. Krasnopolski, a. a. O., S. 35, bezweifelt übrigens mit Recht, daß damit ein sicherer Maßstab gewonnen ist, als ihn „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" (§§ 133, 157 deutsches b. G. B.) liefern.

[2]) Vgl. Erläuternde Bemerkungen, S. 119 f.

[3]) Was allerdings die famose Übergangsbestimmung des § 118, auf die noch zurückzukommen ist (und Bartsch, a. a. O., S. 5?), anzunehmen scheint, indem sie ausdrücklich betont, daß diese Auslegungsregeln auch auf Fälle Anwendung finden dürfen, die bei der Wirksamkeit des neuen Gesetzes noch nicht (rechtskräftig) entschieden sein werden.

Gesetz besonders gestattet[1]). Damit wäre die dem Gesetzbuche sonst zugrunde liegende Erklärungstheorie zumindest arg gefährdet[2]).

Überflüssig, weil schon nach geltendem Recht nicht zweifelhaft, ist ferner die Änderung des § 124 der Novelle (§ 871 a. b. G. B.), wonach es darauf ankommen soll, daß der Irrtum durch den anderen veranlaßt war, während es bisher hieß, daß ein Teil von dem anderen irregeführt sein müsse. Denn seit dem gelungenen Nachweise Pfaffs[3]) besteht kein Zweifel mehr darüber, daß es gleichgültig ist, ob die Irreführung absichtlich oder unabsichtlich geschah[4]).

Dasselbe gilt von der Neuformulierung des § 878 a. b. G. B. durch § 127 der Novelle. Abgesehen von den unwesentlichen Änderungen des ersten Satzes[5]), die kaum mehr als Geschmacksfragen sind, will der letzte Satz „schärfer als bisher in Anlehnung an die Fassung des § 307 des deutschen B. G. B. zum Ausdruck bringen, daß hinsichtlich Bestand und Umfang des Ersatzanspruches desjenigen, der über die Möglichkeit der Leistung getäuscht wurde, sein Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages maßgebend ist“[6]). Tatsächlich bestand aber schon bisher kein Zweifel darüber, daß die Ersatzpflicht an dem negativen Vertragsinteresse ihre Grenze finde[7]), und es läßt sich

---

[1]) Vgl. Motive zum Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich, 1, S. 155.

[2]) Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 14; Wellspacher, a. a. O., S. 7. Diesen Erwägungen trägt § 914 a. b. G. B. Rechnung, ohne deshalb, wie der Verweis auf § 6 zum Ausdruck bringt, die in den §§ 114 und 115 der Novelle ausgedrückten Gesichtspunkte zu vernachlässigen.

[3]) Gutachten, S. 59 ff.; Juristische Blätter, 1887, Nr. 40, nach N. 144.

[4]) Vgl. Pfersche, Irrtumslehre, S. 160 ff; 258; Randa, Eigentum, S. 273 f.; Burckhard, System, 2, S. 301 f.; Glaser-Unger, 4578 u. a. m.

[5]) Der zweite Satz, der eine Neuredaktion des § 882 a. b. G. B. darstellt, hat bereits seine teilweise Erledigung gefunden (oben S. 10, N. 1) und wird uns noch in anderem Zusammenhange beschäftigen.

[6]) Erläuternde Bemerkungen, S. 126.

[7]) Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, 1[4], § 121, N. 27.

kaum behaupten, daß die neue vor der alten Fassung den Vorzug verdiene[1]).

Ebenso überflüssig war die Heraushebung des unerlaubten Vertrages aus seinem bisherigen Zusammenhange (§ 878 a. b. G. B.) und dessen Auszeichnung durch eine dem deutschen Reichsrechte entlehnte allgemeine Norm an der Spitze des § 879 a. b. G. B. (§ 128 der Novelle). Denn gewiß ist die Aufstellung eines derartigen allgemeinen Grundsatzes an und für sich wünschenswert[2]). Auch ist vielleicht die Befürchtung, daß dadurch Unsicherheit in der Richtung geschaffen werden könnte, wie weit man bei Berücksichtigung der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung gehen dürfe[3]), übertrieben[4]). Allein da schon das geltende Recht ausspricht, daß auch, was unerlaubt ist, nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden kann, hätte man sich damit begnügen können, wenn man trotz-

---

[1]) Denn die schuldbare Unwissenheit des § 878 a. b. G. B. war vielleicht ein unzweideutigerer Begriff als das „bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen müssen", von dem noch zu sprechen sein wird. Die Beschränkung auf das negative Vertragsinteresse kam aber schon in den Wendungen „wer — — — täuschet" usw. „bleibt dafür verantwortlich" deutlich zum Ausdruck. Ja man könnte am Ende gar behaupten, daß die allerdings von Unger gelegentlich gerügte Häufung scheinbar synonymer Wendungen in der alten Fassung des § 878 die Möglichkeit eines verschiedenen Grades von Verschulden und Haftung auch im Falle von *culpa in contrahendo* deutlicher kennzeichnet als die neue Fassung.

[2]) Vgl. Mayr, Zur Frage der Revision, 1906, S. 31, N. 148.

[3]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 13; ähnlich Bartsch, a. a. O. S. 11.

[4]) Obwohl der allgemeine Grundsatz der Novelle noch um eine Nuance dehnbarer ist als die entsprechende Norm des deutschen B. G. B., da die Novelle auch die nach heftigen Kämpfen (vgl. z. B. Protokolle der zweiten Lesung des deutschen B. G. B., 1, S. 124) aus dem Entwurfe des deutschen B. G. B. wieder ausgemerzte „öffentliche Ordnung" mitumfaßt. Denn das etwa speziell daraus zu schöpfende Bedenken verliert an Bedeutung, wenn man erwägt, daß schon § 26 a. b. G. B., den Zeiller, Kommentar, 3, S. 45, ausdrücklich zur Erläuterung des Begriffes der Unerlaubtheit im § 878 a. b. G. B. heranzieht, diesen Begriff kennt, so daß die Rechtsprechung bereits gewohnt ist, damit zu operieren.

Gesetz besonders gestattet[1]). Damit wäre die dem Gesetzbuche sonst zugrunde liegende Erklärungstheorie zumindest arg gefährdet[2]).

Überflüssig, weil schon nach geltendem Recht nicht zweifelhaft, ist ferner die Änderung des § 124 der Novelle (§ 871 a. b. G. B.), wonach es darauf ankommen soll, daß der Irrtum durch den anderen veranlaßt war, während es bisher hieß, daß ein Teil von dem anderen irregeführt sein müsse. Denn seit dem gelungenen Nachweise Pfaffs[3]) besteht kein Zweifel mehr darüber, daß es gleichgültig ist, ob die Irreführung absichtlich oder unabsichtlich geschah[4]).

Dasselbe gilt von der Neuformulierung des § 878 a. b. G. B. durch § 127 der Novelle. Abgesehen von den unwesentlichen Änderungen des ersten Satzes[5]), die kaum mehr als Geschmacksfragen sind, will der letzte Satz „schärfer als bisher in Anlehnung an die Fassung des § 307 des deutschen B. G. B. zum Ausdruck bringen, daß hinsichtlich Bestand und Umfang des Ersatzanspruches desjenigen, der über die Möglichkeit der Leistung getäuscht wurde, sein Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages maßgebend ist“[6]). Tatsächlich bestand aber schon bisher kein Zweifel darüber, daß die Ersatzpflicht an dem negativen Vertragsinteresse ihre Grenze finde[7]), und es läßt sich

---

1) Vgl. Motive zum Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich, 1, S. 155.

2) Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 14; Wellspacher, a. a. O., S. 7. Diesen Erwägungen trägt § 914 a. b. G. B. Rechnung, ohne deshalb, wie der Verweis auf § 6 zum Ausdruck bringt, die in den §§ 114 und 115 der Novelle ausgedrückten Gesichtspunkte zu vernachlässigen.

3) Gutachten, S. 59 ff.; Juristische Blätter, 1887, Nr. 40, nach N. 144.

4) Vgl. Pfersche, Irrtumslehre, S. 160 ff; 258; Randa, Eigentum, S. 273 f.; Burckhard, System, 2, S. 301 f.; Glaser-Unger, 4578 u. a. m.

5) Der zweite Satz, der eine Neuredaktion des § 882 a. b. G. B. darstellt, hat bereits seine teilweise Erledigung gefunden (oben S. 10, N. 1) und wird uns noch in anderem Zusammenhange beschäftigen.

6) Erläuternde Bemerkungen, S. 126.

7) Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, 1⁴, § 121, N. 27.

kaum behaupten, daß die neue vor der alten Fassung den Vorzug verdiene[1]).

Ebenso überflüssig war die Heraushebung des unerlaubten Vertrages aus seinem bisherigen Zusammenhange (§ 878 a. b. G. B.) und dessen Auszeichnung durch eine dem deutschen Reichsrechte entlehnte allgemeine Norm an der Spitze des § 879 a. b. G. B. (§ 128 der Novelle). Denn gewiß ist die Aufstellung eines derartigen allgemeinen Grundsatzes an und für sich wünschenswert[2]). Auch ist vielleicht die Befürchtung, daß dadurch Unsicherheit in der Richtung geschaffen werden könnte, wie weit man bei Berücksichtigung der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung gehen dürfe[3]), übertrieben[4]). Allein da schon das geltende Recht ausspricht, daß auch, was unerlaubt ist, nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden kann, hätte man sich damit begnügen können, wenn man trotz-

[1]) Denn die schuldbare Unwissenheit des § 878 a. b. G. B. war vielleicht ein unzweideutigerer Begriff als das „bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen müssen", von dem noch zu sprechen sein wird. Die Beschränkung auf das negative Vertragsinteresse kam aber schon in den Wendungen „wer — — — täuschet" usw. „bleibt dafür verantwortlich" deutlich zum Ausdruck. Ja man könnte am Ende gar behaupten, daß die allerdings von Unger gelegentlich gerügte Häufung scheinbar synonymer Wendungen in der alten Fassung des § 878 die Möglichkeit eines verschiedenen Grades von Verschulden und Haftung auch im Falle von *culpa in contrahendo* deutlicher kennzeichnet als die neue Fassung.

[2]) Vgl. Mayr, Zur Frage der Revision, 1906, S. 31, N. 148.

[3]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 13; ähnlich Bartsch, a. a. O. S. 11.

[4]) Obwohl der allgemeine Grundsatz der Novelle noch um eine Nuance dehnbarer ist als die entsprechende Norm des deutschen B. G. B., da die Novelle auch die nach heftigen Kämpfen (vgl. z. B. Protokolle der zweiten Lesung des deutschen B. G. B., 1, S. 124) aus dem Entwurfe des deutschen B. G. B. wieder ausgemerzte „öffentliche Ordnung" mitumfaßt. Denn das etwa speziell daraus zu schöpfende Bedenken verliert an Bedeutung, wenn man erwägt, daß schon § 26 a. b. G. B., den Zeiller, Kommentar, 3, S. 45, ausdrücklich zur Erläuterung des Begriffes der Unerlaubtheit im § 878 a. b. G. B. heranzieht, diesen Begriff kennt, so daß die Rechtsprechung bereits gewohnt ist, damit zu operieren.

dem an der Aufzählung von Beispielen festhalten zu müssen glaubte.

Durchaus überflüssig ist auch § 131 der Novelle, der für den Formalvertrag überhaupt bestimmt, was bisher zwar nur für den schriftlichen Vertrag ausgesprochen war, aber unbedenklich auch für jeden anderen Formalvertrag angenommen wurde. Schon bisher zweifelte niemand[1]), daß ein Vertrag, für den die Parteien irgend eine bestimmte Form vereinbart hatten, erst durch Erfüllung dieser Form perfekt werde, obwohl das Gesetz[2]) das nur für den schriftlichen Vertag ausspricht. Nunmehr setzt die Novelle die Punkte auf die „I", indem sie das ausdrücklich sagt, während sie das zu sagen unterläßt, was man eher gewünscht hätte, daß das nämlich nur im Zweifel zu gelten habe[3]).

Eine überflüssige Bestimmung ist ferner z. B. die (§ 81 der Novelle), daß sich der Testamentszeuge nicht „als Zeuge des letzten Willens", sondern nur als „Zeuge" zu unterfertigen brauche, da die Praxis sich schon bisher damit begnügte[4]).

Manche Bestimmungen widersprechen dem Programme der Novelle, weil sie zwar nicht überflüssig in dem Sinne sind, daß sie schon im geltenden Rechte enthalten oder doch mühelos daraus erschlossen werden können, wohl aber deshalb, weil sie durchaus nebensächliche und unwichtige Fragen in den Bereich der Revision ziehen, die nur solche Bestimmungen des Gesetzbuches umfassen sollte, die nicht bloß mit den fortgeschrittenen Anschauungen der Gegenwart im Widerspruch stehen, sondern auch im praktischen Rechts- und Verkehrsleben als hemmend oder beschränkend empfunden werden[5]). Das gilt von all den Bestimmungen, die sich mehr oder weniger auf stilistische Änderungen geltender Rechtsnormen beschränken. Dazu gehört

---

[1]) Anders nur Kirchstetter, Kommentar, 5. Auflage, S. 464 f.

[2]) § 884 a. b. G. B.

[3]) Vgl. Wellspacher a. a. O., S. 15.

[4]) Vgl. [illegible], Die [illegible] in der Novelle, 1905, S. [illegible] f., weiters S. [illegible] ff. [illegible] Wellspacher a. a. O., S. 4.

[5]) Vgl. Erläuternde Bemerkungen, S. [illegible]

größten Teiles der Titel, der über „Mangel der Willensübereinstimmung und Irrtum“ handelt. Denn rein stilistischer Natur, ohne daß sie unbedingt auch nur als Verschönerungen des Gesetzes gelten könnten, sind die Änderungen des § 870 a. b. G. B. durch § 123 der Novelle, insofern statt „von dem annehmenden“ „von dem anderen Teile“ gesprochen wird und der erläuternde zweite Satz „ob die Furcht gegründet war, muß von dem Richter aus den Umständen beurteilt werden“, gestrichen wird, weil der Verweis auf § 55 a. b. G. B., der bereits eine ähnliche Erläuterung gibt, ihn entbehrlich erscheinen läßt.

Ebenso macht § 124 der Novelle bloß einen zwecklosen und überdies mißlungenen Versuch einer Neufassung des § 871 a. b. G. B., die eine zusammenfassende Darstellung der Irrtumslehre sein soll.[1]) Denn nunmehr erscheinen die weiter in Kraft bleibenden §§ 875 und 876 a. b. G. B. noch mehr wie bisher als überflüssige Wiederholungen, während die wichtige Frage nach der Bedeutung des Irrtums über wesentliche Eigenschaften infolge der Modifizierung des § 871 nur mehr argumento a contrario aus § 872 a. b. G. B. zu erschließen sein wird, der sich überdies an den neugefaßten § 871 nur sehr unnatürlich anschließt.[2]) Unwichtig und darum im Rahmen einer Revision mit dem vorbezeichneten Programme entbehrlich wären ferner gewiß Bestimmungen wie die über die kassatorische oder derogatorische Klausel bei Testamenten,[3]) über die Form des Erbverzichtes[4]) u. a. m.[5])

[1]) Die zugleich eine Neufassung des § 876 a. b. G. B. durch § 125 der Novelle bedingte, da der Schluß des § 876 in den neuformulierten § 871 aufgenommen wurde. Allerdings hätte man § 876 nach dieser Kürzung auch ganz streichen können, da auch das, was man übrig ließ, nichts sagt, was nicht schon im § 871 Ausdruck gefunden hätte. Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 11.

[2]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 11.

[3]) §§ 86, 87 der Novelle und dazu Krasnopolski, a. a. O., S. 3; Schiffner, a. a. O., S. 19, N. 9.

[4]) § 79 der Novelle und dazu Krasnopolski, a. a. O., S. 3; Schiffner, a. a. O., S. 1ff., insbesondere S. 5f.

[5]) Weitere Beispiele bei Krasnopolski, a. a. O., S. 3.

Nicht bloß mit überflüssigen Dingen beschäftigt sich aber die Novelle, sondern auch mit solchen, die überhaupt nicht in das bürgerliche Gesetzbuch gehören. Zunächst kann man in dieser Hinsicht über die Kompetenz der Novelle zur Regelung des Namensrechtes und der Vorrangseinräumung. Denn mag auch die Frage, ob das subjektive Recht am Namen ein privates oder öffentliches Recht sei, noch unausgetragen sein,[1] so scheint doch das Bedürfnis nach zivilrechtlichem Schutz dieses Rechtes zwingend[2], und damit das bürgerliche Gesetzbuch zu deren Regelung berufen[3]. Ebenso ist die Frage der Vorrangseinräumung[4], wenn sie auch dem Grundbuchsrechte angehört,[5] ihrem materiellen Gehalte nach eine solche des bürgerlichen Rechtes. Wenn freilich nur einzelne Bestimmungen des a. b. G. B. ergänzt oder abgeändert werden sollen, ist in einem solchen Gesetzentwurfe auch für Bestimmungen dieses Inhaltes kein Raum. Jedenfalls haben aber die Fürsorge für uneheliche Kinder[6], die Einrichtung des Vormundschaftsrates[7], die Bestimmungen für die Übersicht über die Pflegebefohlenen[8], sowie die über die gesetzliche Vertretung der in Anstalten aufgenommenen Minderjährigen[9], mit einer Revision des a. b. G. B. nichts zu tun[10].

Während die Novelle auf diese Weise ihren Wirkungskreis überschreitet, bleibt sie in anderer Hinsicht hinter den berechtigten Erwartungen, die man an sie stellen darf, erheblich

1) Vgl. Emanuel Adler, Der Schutz des Namens im Entwurfe einer Novelle zum a. b. G. B., 1908, S. 4, N. 2—4.

2) Vgl. E. Adler, a. a. O., S. 3f.

3) §§ 1 und 2 der Novelle. Vgl. § 12 deutsches B.G.B. Artikel 19 Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

4) §§ 72 bis 78 der Novelle.

5) Das betont Wellspacher, a. a. O., S. 6.

6) §§ 21 bis 27 der Novelle.

7) §§ 31 bis 44 der Novelle.

8) § 45 der Novelle.

9) §§ 46 bis 48 der Novelle.

10) Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 8f.; Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, 1908, S. 66f.; Wellspacher, a. a. O., S. 6; Till, Der Entwurf einer österreichischen Zivilgesetznovelle, 1908, S. 5f.

zurück, insofern sie vieles nicht enthält, dessen gesetzliche Neuordnung man dringend gewünscht hätte, wenn schon an das bürgerliche Gesetzbuch Hand angelegt werden soll. Selbst das überreich bedachte Obligationenrecht weist solche Lücken auf. Denn mag man beispielsweise sogar der Ansicht sein, daß die Auslobung keiner gesetzlichen Regelung bedarf[1]), so wäre es, wenn schon der Vertragsantrag einer Neuregelung unterzogen wurde, doch am Platze gewesen, das in einer Weise zu tun, die auch den Eigentümlichkeiten der Auslobung gerecht wird. Ist doch, solange die Auslobung ausdrücklicher Anerkennung durch das Gesetz entbehrt, nur durch Anlehnung an die Offerte eine befriedigende Lösung der aus der Auslobung entspringenden Zweifel möglich[2]). Ebenso wäre es vielleicht besser gewesen, wenn die Novelle die „originell und kühn gedachte Irrtumslehre" des a. b. G. B.[3]) unberührt gelassen hätte[4]). Wenn man aber schon verbessern zu müssen glaubte, so wäre es vielleicht am notwendigsten gewesen, die Frist zur Anfechtung wegen Irrtumes abzukürzen[5]). Vor allem wäre aber auf dem Gebiete des Schadenersatzrechtes manche andere Bestimmung notwendiger gewesen[6]) als die fragwürdige Bestimmung des § 152 der Novelle, die noch zu erörtern sein wird. Nicht minder zahlreich sind die Wünsche auf anderen Gebieten. In erster Linie steht hier das Verlangen nach Herab-

---

[1]) Vgl. Mayr, Die Auslobung, 1906, S. 152.

[2]) Mayr, a. a. O., S. 152f. Dieser Erkenntnis trägt der schweizerische Gesetzentwurf, betreffend die Ergänzung des (Entwurfes eines) schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905 (in der Folge als schweizerischer Ergänzungsentwurf zitiert) Rechnung, indem er (Artikel 1023) anläßlich der Neugestaltung der Lehre vom Vertragsschlusse auch die Eigenheiten der Auslobung berücksichtigt.

[3]) Strohal, Die Giltigkeit des Titels als Erfordernis wirksamer Eigentumsübertragung, 1891, S. 15.

[4]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 13.

[5]) Vgl. Wlassak, Das Rechtsgeschäft und das Verhältnis des Willens zur Erklärung, 1902, S. 10.

[6]) Vgl. Steinlechner, Über die Regierungsvorlage einer Novelle zum a. b. G. B, 1908, S. 37f.

setzung der Großjährigkeitsgrenze[1]). Andere reformbedürftige Fragen wären das Korporations- und Stiftungsrecht[2]), das internationale Privatrecht[3]), das Nachbarrecht[4]), der Tabularbesitz[5]), zahlreiche erbrechtliche Fragen[6]) u. a. m.[7])

Auf der einen Seite zu viel, auf der anderen zu wenig, das ist der grundlegende Fehler der Novelle, der eine erfolgreiche Durchführung des ihr gesetzten Programmes vereitelte. Dessen scheint sich die Novelle selbst bewußt geworden zu sein und daher das Bedürfnis gefühlt zu haben, diese Ungleichheit in der Durchführung der Revision zu rechtfertigen. In diesem Sinne ist es wohl zu deuten, wenn sie sich selbst[8]) „nicht als die Revision, sondern bloß als eine erste Abschlagszahlung, als ein Teil des ganzen Reformwerkes“ bezeichnet. Allerdings nicht bloß ein schwacher, sondern auch ein bedenklicher Trost. Denn ganz abgesehen davon, daß der Verweis auf „eine staffelweise Durchführung der Revision“[9]) vielleicht nur ein Vorwand ist, der den Verzicht auf die Revision gewisser Fragen verhüllen soll, die als „Politica“ von vorneherein jede Aussicht auf eine erfolgreiche Revisionsarbeit geraubt hätten[10]), droht solche fortgesetzte Kleinarbeit den einheitlichen Charakter unseres bürgerlichen Rechtes arg zu gefährden[11]). Ist das doch zum Teil schon der Erfolg der vorliegenden „ersten“ Novelle[12]).

---

[1]) Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 3; Till, a. a. O., S. 3f.; Steinlechner, a. a. O., S. 11.

[2]) Till, a. a. O., S. 4; Steinlechner, a. a. O., S. 12.

[3]) Steinlechner, a. a. O., S. 10.

[4]) Steinlechner, a. a. O., S. 19, N. 3.

[5]) Steinlechner, a. a. O., S. 16, N. 2.

[6]) Krasnopolski, a. a. O., S. 3f.; Ehrenzweig, Juristische Blätter, 1908, S. 88; Schiffner, a. a. O., S. 86f.; 87f.

[7]) Vgl. Mayr, Zur Frage der Revision, S. 20 bis 32; Krasnopolski, a. a. O., S. 4.

[8]) Erläuternde Bemerkungen, S. 59.

[9]) Erläuternde Bemerkungen, S. 58.

[10]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 3.

[11]) Vgl. die scharfen, aber zutreffenden Bemerkungen Burckhards, Morgenblatt der „Neuen Freien Presse“ vom 12. April 1908, S. 3f.

[12]) Vgl. eine Reihe von schlagenden Beispielen bei Krasnopolski, a. a. O., S. 9ff.

III. Die Systematik der Novelle.

Schon ein oberflächlicher Blick auf die Novelle, noch mehr aber eingehendere Beschäftigung mit ihr lassen es als Rätsel erscheinen, wie man sich das Verhältnis der Novelle zum a. b. G. B. zu denken habe. Die Novelle kann nicht einfach als neues Gesetz neben das a. b. G. B. treten. Denn sie enthält zahlreiche Paragraphen, die nicht bloß ihrem Inhalte nach, sondern auch nach ihrer Zählung an die Stelle von Paragraphen des a. b. G. B. treten sollen. Die Novelle kann aber auch nicht im a. b. G. B. aufgehen. Denn mindestens ebensoviele Paragraphen sind nicht zur Einschaltung in das a. b. G. B. bestimmt, können schon ihrem Inhalte nach nicht gut im a. b. G. B. Platz finden. Es scheint, als ob die Novelle in ihrer vorliegenden Gestalt nur ein Notbau sein sollte, dazu bestimmt, legislative Wünsche der verschiedensten Art zu befriedigen, die erst durch die gesetzgebenden Körperschaften ihre endgültige Form erhalten sollen, als ob nicht der Entwurf eines Gesetzes, sondern nur der Entwurf für solche Entwürfe beabsichtigt gewesen wäre. Das mag nun zwar angehen, wenn es sich darum handelt, einen unverbindlichen Entwurf der öffentlichen Kritik zu übergeben, wie das im Deutschen Reiche in Übung ist. Es berührt dagegen sonderbar, wenn ein solcher „Vorentwurf" sofort zur Grundlage parlamentarischer Behandlung gemacht wird. Und doch kann man die Novelle schwer anders einschätzen[1]).

---

[1]) Vgl. Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, 1908, S. 65.

Man mag z. B. über die Bedeutung der Marginalrubriken des a. b. G. B. geteilter Ansicht sein. Jedenfalls müßte aber eine Revision des a. b. G. B. auch dieser nicht unwesentlichen Frage näher treten[1]). Die Novelle verschmäht das jedoch nicht nur, sondern sie stellt auch willkürlich neue Rubriken auf, wo die Einordnung unter eine bereits vorhandene Marginalrubrik näher gelegen wäre.

Eines der bemerkenswertesten Beispiele dieser Art bietet § 117 der Novelle, der an Stelle des § 1313 a. b. G. B. treten soll. Dieser § 117 ist eine der „allgemeinen Bestimmungen über Willenserklärungen und Verträge", während § 1313 bekanntlich in dem Hauptstücke von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung unter der Marginalrubrik „Von der Verbindlichkeit zum Schadensersatze: 5. (Von dem Schaden) durch fremde Handlungen" steht. Diese willkürliche Umstellung hat jedenfalls die Folge, daß sie den Geltungsbereich der neuen Bestimmung zweifelhaft macht. Im deutschen B. G. B.[2]), dem sie nahezu wörtlich entlehnt ist, steht sie in dem Abschnitte, der von der Verpflichtung zur Leistung handelt. Daher unterliegt es keinem Zweifel, daß dort auch die Haftung für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters nach Maßgabe dieser Bestimmung auf diesen Fall beschränkt ist. Mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte wäre man nun vielleicht geneigt, auch § 117 der Novelle in diesem engeren Sinne zu verstehen. Dadurch, daß ihn die Novelle in die Lehre vom Schadenersatze stellen will, ist man dagegen wohl genötigt, die Haftung für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters auch auf außervertragliches Verschulden auszudehnen, obwohl die Haftung für das Verschulden des (freiwilligen) Erfüllungsgehilfen in demselben Satze geregelt ist[3]). Ein kleineres Mißgeschick, das

[1]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 6.

[2]) § 278.

[3]) Das scheint auch die Auffassung der erläuternden Bemerkungen (S. 121) zu sein und es mag sein, daß man in einem Satze sagen zu können vermeinte, was das deutsche B. G. B. in zwei getrennten Bestimmungen verfügt, indem es einmal (§ 278) von der Haftung für

jedoch immerhin für die ungerechtfertigte Geringschätzung zeugt, die die Novelle den Marginalrubriken entgegenbringt, ist es, daß sie die Lehre von der Vertragsschließung derart in das a. b. G. B. einfügt, daß ein Teil davon unter die Marginalrubrik „Einteilung der Verträge" fällt und durch einen Paragraphen (§ 863), der mit der Vertragsschließung gar nichts zu tun hat, in zwei Teile zerrissen wird[1]). Sonderbar ist es endlich, daß § 137 der Novelle, der die Bezeichnung der Fristen für die Wiederverehelichung sowie für die Vermutung der ehelichen und außerehelichen Vaterschaft in den §§ 120, 138 und 163 a. b. G. B. abändert, unter die Marginalrubrik „Zeit und Ort der Leistung" eingereiht ist[2]).

Über solche Unebenheiten tröstet immerhin der Gedanke hinweg, daß die Systematik der Novelle nur provisorische Bedeutung haben soll. Jedenfalls dürfte man aber verlangen, daß die neugewählten Rubriken sachlich zutreffend sind und sich dem Geiste des a. b. G. B. anpassen. Doch auch das ist durchaus nicht der Fall. Was soll z. B. die Überschrift „Obligationenrechtliche Bestimmungen", wenn weitere Abschnitte mit den Rubriken „Unerlaubte Handlungen", „Dienstvertrag", „Anweisung und Schuldübernahme" folgen? Warum hielt man nicht an der gemeinsamen Bezeichnung „Von den persönlichen Sachenrechten" fest oder bediente man sich nicht wenigstens, wenn man schon diesen von der Wissenschaft längst aufgegebenen Begriff fallen lassen wollte, der auch dem a. b. G. B. geläufigen Überschrift „Von Verträgen überhaupt"?[3]) Vollends

---

Verschulden des Vertreters bei Erfüllung einer Verbindlichkeit, in ganz anderem Zusammenhange (§ 31, 832) von der für anderes Verschulden handelt.

[1]) § 119 der Novelle soll an Stelle des § 862, § 120 an die des § 864 a. b. G. B. treten, während § 863 a. b. G. B. unverändert bleiben soll. Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 10.

[2]) Vgl. Anonymus, Juristische Blätter, 1908, S. 28; Steinlechner, a. a. O., S. 9, N. 1.

[3]) Dagegen könnte höchstens der Umstand sprechen, daß der erste Titel dieses Abschnittes nicht bloß Verträge, sondern auch „Willenserklärungen überhaupt" — so und nicht bloß mit „Willenserklärungen

[illegible] des § 151 der Novelle, der [illegible] dem Recht des Schadenersatzes [illegible] § [illegible] einen neuen [illegible] einzufügen soll, [illegible] vermeintlich [illegible] während das Recht des [illegible] vermögliches und [illegible] geregelt [illegible].

[illegible] der [illegible] der Novelle [illegible] — [illegible] — [illegible]

[illegible] — [illegible]

[illegible] Bestimmung [illegible]

[illegible]

[illegible] Bestimmung zu [illegible] mit [illegible] man die [illegible] Bestimmung zu § [illegible] einer [illegible]

mit einer Novellierung des a. b. G. B. im eigentlichen Sinne des Wortes eine entsprechende Reihe von Spezialgesetzen verbunden worden wäre. Statt dessen hat es die Novelle vorgezogen, kunterbunt Neuformulierungen von Paragraphen des a. b. G. B. und neue Paragraphen, die nicht in das a. b. G. B. eingeschaltet werden sollen, nebeneinander zu stellen. Das wäre noch nicht das schlimmste, wenn die Novelle so angelegt wäre, daß sich eine mechanische Scheidung zwischen diesen beiden Gruppen vornehmen ließe. Aber auch das geht nicht. Denn bei dieser Unterscheidung waren für die Novelle nicht sachliche Erwägungen, sondern ausschließlich die Raumfrage entscheidend. Wo sich gerade durch Streichung eines Paragraphen des a. b. G. B. Raum ergab, wurde ein neuer Paragraph eingeflickt, wo das nicht der Fall war, wurde der neue Paragraph selbständig hingestellt, mochte er mit einem Paragraphen des a. b. G. B. in noch so engem Zusammenhang stehen. Ein schlagendes Beispiel liefern die §§ 114 und 115 der Novelle, die beide eng zusammengehörige Auslegungsregeln aufstellen. Der eine soll den § 914 a. b. G. B. ersetzen, der andere soll ein selbständiges Dasein führen[1]).

Überdies zeigen die Verfasser bei dieser Verdrängung alter durch neue Bestimmungen[2]) nicht immer eine sehr glückliche Hand. Auch zum Beweise dafür ist am besten wieder § 117 der Novelle heranzuziehen. Er soll, wie bereits bemerkt wurde, an Stelle des § 1313 a. b. G. B. treten. Nun stellt § 1313 eine Regel auf, die eine Reihe von Ausnahmen erleidet, die durch die den §§ 1314 ff. vorangestellte Marginalrubrik als solche gekennzeichnet sind. Auch § 117 der Novelle ist eine solche Ausnahme von der Regel, daß man für fremde widerrechtliche Handlungen, woran man keinen Teil genommen hat, auch nicht verantwortlich ist. Es ist nicht anzunehmen,

---

[1]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 4. Ein anderes, besonders charakteristisches Beispiel gibt das Verhältnis der §§ 50 und 51 der Novelle zu §§ 431 und 451 a. b. G. B. Vgl. Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, 1908, S. 65.

[2]) Wobei hier nur an die Frage der Systematik zu denken ist.

daß diese Regel durch die neue Ausnahme vollständig beseitigt werden soll. Jedenfalls kann aber der zweite Satz des § 1313 a. b. G. B., daß dem Ersatzpflichtigen der Rückersatz gegen den Schuldtragenden vorbehalten bleibt, nicht als so selbstverständlich gelten, daß er im Gesetze gar nicht ausgesprochen zu werden brauchte[1]. Der neue Paragraph (117) wäre daher nicht an Stelle des § 1313, sondern nur zu den schon bisher bestehenden Ausnahmen hinzuzusetzen gewesen.

Nicht bloß überflüssig, sondern geradezu bedenklich ist endlich der wiederholte Versuch der Novelle, bereits geltenden und unverändert bleibenden Bestimmungen des a. b. G. B. einen neuen Platz anzuweisen. Besonders auffällig ist das an § 127 der Novelle, der den § 882 a. b. G. B. in § 878 a. b. G. B. einschaltet und damit den Zweifel anregt, ob diese Bestimmung auch auf unerlaubte Verträge analog anzuwenden sei, was nach der bisherigen Stellung des § 882 a. b. G. B. nicht bezweifelt werden konnte. Von der Planlosigkeit dieser Umstellungen zeugt es, daß die Bestimmung des § 884 a. b. G. B. darüber, was zum Begriffe der Schriftform gehört, „in § 886 überstellt" wurde. Denn wenn hier schon umgestellt wurde, hätte es jedenfalls näher gelegen, § 886 zu § 884 als § 884 zu § 886 zu verpflanzen, da § 886 doch wohl eher zu der den §§ 883 und 884 vorangestellten Marginalrubrik „Form der Verträge" paßt als zu der dem § 885 und nur diesem gewidmeten Marginalrubrik „Punktation"[2].

Ein anderes Beispiel für diese Systemlosigkeit der Novelle bietet die Behandlung der Formvorschriften. Denn während die Form des Erbverzichtes dort geregelt wird, wo der Erbverzicht als solcher behandelt wird[3], wird die des Erbschaftskaufes und der Verbürgung selbständig in dem Titel von der Form der Verträge behandelt[4].

---

[1]) Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 21.

[2]) Vgl. zu dieser merkwürdigen Anordnung der Marginalrubriken Pfaff, Zur Entstehungsgeschichte der Marginalrubriken, 1906, S. 69, N. 201.

[3]) §. 79 der Novelle = § 551 a. b. G. B.

[4]) § 130 der Novelle = § 833 a. b. G. B. Diese Willkür rügt schon Steinlechner, a. a. O., S. 28, N. 1.

Einen dem vermutlich angestrebten gerade entgegengesetzten Zweck erreicht endlich auch die Anordnung der Übergangsbestimmungen in der Novelle. Teils aus ästhetischen, teils aus systematischen Gründen mochte es die Novelle angezeigt finden, jeden Titel mit einer besonderen Übergangsbestimmung zu beschließen[1]), statt sie alle in einem Einführungsgesetze zu vereinigen[2]). Das Ergebnis ist aber nicht nur eine übergroße Zahl solcher Übergangsbestimmungen, sondern auch der weit unerfreulichere Umstand, daß über dieser Zersplitterung der allgemeine Gesichtspunkt verloren ging und eine Reihe unzutreffender oder wenigstens unzweckmäßiger Bestimmungen herauskam.

Daß die Zahl dieser Übergangsbestimmungen übermäßig groß ist, lehrt nicht nur ein Vergleich mit dem deutschen B. G. B., das mit 66, für das Recht der Schuldverhältnisse z. B. mit nur 10 Übergangsbestimmungen auskam, während die Novelle von 199 Paragraphen den Übergangsbestimmungen 43, denen für das Recht der Schuldverhältnisse (§§ 114 bis 193) allein schon 16 widmet, sondern vor allem der Umstand, daß ein Teil dieser Übergangsbestimmungen in der Tat überflüssig ist. Oder sollte jemand daran zweifeln, daß gesetzliche Bestimmungen über die Vertragsschließung auf Anträge, die dem Gegner des Antragstellers vor Beginn der Wirksamkeit dieser Bestimmungen zugekommen sind, keine Anwendung finden?[3]) Sollte man

---

[1]) Doch ist die Novelle auch darin nicht durchaus konsequent, insofern trotzdem für einzelne Bestimmungen die Übergangsklauseln fehlen. Vgl. z. B. §§ 82 (Schiffner, Die Erbrechtsreform, 1908, S. 14); 104 (Schiffner, a. a. O., S. 65); § 142, der den Titel über die Verträge zugunsten Dritter nicht mit einer Übergangs-, sondern mit einer Grenzbestimmung abschließt, indem er sagt, daß die neuen Bestimmungen nur Anwendung finden, soweit nicht für einzelne Arten von Verträgen zugunsten Dritter besondere Vorschriften gelten. Eine Bestimmung, die gewiß ebenfalls entbehrlich wäre, da man auch ohne sie wüßte, daß die lex generalis einer lex specialis nicht Eintrag tut.

[2]) Was z. B. Krasnopolski, a. a. O., S. 4 f., angezeigt fände.

[3]) § 121 der Novelle. Das unterliegt schon darum keinem Zweifel, weil der Antrag als solcher ein Rechtsgeschäft ist, dessen Wirkungen sich nach dem Rechte bestimmen müssen, unter dem es erfolgt. Vgl. Habicht, Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechts-

darüber im Unklaren sein, daß neue Normen über „Mangel der Willensübereinstimmung und Irrtum“ auf Willenserklärungen, die vor Beginn der Wirksamkeit dieser Vorschriften abgegeben wurden, keine Anwendung finden[1]. Kann man bezweifeln, daß neue Formvorschriften auf früher errichtete Urkunden und Verträge keine Anwendung finden[2]. Die Novelle hebt nun diesen Grundsatz der Nichtrückwirkung gerade, statt sich in manchen Fällen zu fragen, ob es nicht zweckmäßiger wäre[3]), eine Ausnahme davon zuzulassen[4].

Die Übergangsbestimmungen sind aber nicht bloß zum Teil überflüssig, sondern auch ungenau, ja bisweilen sogar unzutreffend. Ungenau sind sie, wenn sie die Rückwirkung oder Nichtrückwirkung von Bestimmungen anordnen, die überhaupt

---

verhältnisse, 3. Aufl., 1901, S. 173. Wenn hier eine Übergangsbestimmung angebracht werden soll, so bedürfte viel eher die Frage einer Lösung, nach welchem Recht ein Vertrag zu beurteilen ist, der unter der Herrschaft des neuen Rechtes auf Grund eines unter dem alten Recht gemachten Antrages zustande gekommen ist. Denn darüber sind die Ansichten in der Tat geteilt. Vgl. einerseits Habicht, a. a. O., S. 172 f.; andererseits Lehmann, Z. f. d. ges. Handelsrecht, 48, S. 50; Riedner, Das Recht, 1900, S. 427.

[3] § 126 der Novelle.

[4] § 133 der Novelle. Andere selbstverständliche Übergangsbestimmungen geben die §§ 4, 9, 20, 40, 50, 57, 86 u. a. m. Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 5, 30; Schiffner, a. a. O., S. 8; S. 19, N. 10; S. 26, N. 10 u. a. m.

[5] Die Fälle, in denen die Nichtrückwirkung geradezu unrichtig ist, werden alsbald ihre besondere Erledigung finden.

[6] Ein Fall dieser Art ist die Übergangsbestimmung des § 149 der Novelle, die die Folgen der Nichterfüllung entgeltlicher Verträge, die „vor dem Inkrafttreten“ (!) der Novelle abgeschlossen wurden, dem bisher geltenden Rechte unterstellt. Denn hier wäre es in der Tat, wenn § 919 a. b. G. B. wirklich so unzweckmäßig ist, wie die Novelle (S. 136) meint, wohl zutreffender gewesen, die Rückwirkung auszusprechen. Kann doch von einer unstatthaften Rückwirkung oder auch nur von einem willkürlichen oder unbilligen Eingriff in begründete Rechte oder Rechtserwartungen keine Rede sein, wenn man die Wirkung des schuldhaften Verhaltens und des Verzuges insbesondere nach neuem Rechte beurteilt. Das ist vielmehr lediglich eine Frage der Zweckmäßigkeit. Vgl. Habicht, Die Einwirkung, 1901, S. 203 f.

oder wenigstens großen Teiles nicht neues Recht schaffen. Das ist z. B. der Fall bei der Übergangsbestimmung zu dem Titel über Mangel der Willensübereinstimmung und Irrtum[1]), der nur zum geringen Teile neue Rechtssätze aufstellt, im übrigen nur stilistische Umformungen geltender Rechtssätze bringt. Das gilt ebenso von der Übergangsbestimmung zu dem Titel über ungültige Verträge[2]), der mit Ausnahme des Wucherverbotes und der Vorschrift für das Spieldarlehen nichts neues enthält[3]). Nicht anders liegen die Dinge in dem Titel über die Form der Verträge[4]). Ja, kaum einer der Titel der Novelle wird so geartet sein, daß die Übergangsbestimmung mit Recht allgemein zu lauten hat. Vielmehr wäre fast überall die Einschränkung am Platze: „soweit etwas vom bisherigen Rechte abweichendes bestimmt ist." Diese Einschränkung hätte zugleich das Gute gehabt, daß sie den Verfassern der Novelle die Überflüssigkeit mancher Übergangsbestimmung klar vor die Augen gerückt hätte.

Unzutreffend oder wenigstens unzweckmäßig sind endlich jene Übergangsbestimmungen — und das sind natürlich die schlimmsten —, die von dem Gedanken der Rückwirkung oder Nichtrückwirkung unrichtigen Gebrauch machen. Voran steht in dieser Hinsicht die Übergangsbestimmung des ersten Titels der obligationenrechtlichen Bestimmungen[5]). Sie läßt die schon erwähnten allgemeinen Auslegungsregeln für Willenserklärungen

[1]) § 126 der Novelle.

[2]) § 129 der Novelle.

[3]) Denn auch die allgemeine Klausel des § 128 ist nur Umformung schon geltenden Rechtes; §§ 127 und 128, Z. 1 bis 3, sind aber nahezu wörtlich mit §§ 878, 879 und 882 a. b. G. B. identisch

[4]) § 133 der Novelle. Denn auch in diesem Titel schafft genau genommen nur § 130 neues Recht. Schon die Bestimmung des § 132 über die Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift auf mechanischem Wege ist kaum mehr als gesetzliche Festlegung bereits tatsächlich geübten Rechtes. Wenigstens wird kaum ein Richter geneigt sein, eine Banknote oder Pfandschuldverschreibung heute für unwirksam zu erklären, weil sie nicht eigenhändig gefertigt ist. Die §§ 131 und 132, Satz 1, sind aber zweifellos schon geltendes Recht.

[5]) § 118 der Novelle.

und Verträge sowie der neuen Haftungsgrundsätze für fremdes Verschulden auch auf Willenserklärungen und Verträge Anwendung finden, die vor Beginn der Wirksamkeit der Novelle abgegeben oder abgeschlossen sind, sofern nicht schon rechtliche Entscheidungen vorliegen, die Anwendung des § 887 a b G. B. dagegen erst für Urkunden gelten, die nach Beginn der Wirksamkeit der Novelle errichtet sind. Alle diese Verfügungen sind teils überflüssig, teils unrichtig.

Fast könnte man es ein Axiom der Lehre von der zeitlichen Wirksamkeit der Gesetze nennen, daß allgemeine Auslegungsregeln, wie sie die §§ 114 und 115 der Novelle enthalten, zumal sie nicht neues Recht schaffen, sondern nur längst geübte Grundsätze in gesetzliche Form kleiden, alle altrechtlichen Vorschriften außer Kraft setzen, die diese freie Auslegung beschränken würden[1]. Insofern ist die Bestimmung überflüssig. Es wirkt aber eigentümlich, wenn man angesichts dieser Übergangsbestimmung der Novelle annehmen muß, daß dem Richter derzeit solche Auslegung noch nicht gestattet sein soll. Wenn man jedoch schon diesen Grundsatz aussprechen zu müssen glaubte, wäre ihm eine zutreffendere Form zu geben gewesen. Denn einerseits kann doch erst die rechtskräftige Entscheidung eine Grenze für die Rückwirkung bilden[2]. Anderseits ist nicht einzusehen, warum nicht auch andere Arten der endgültigen Erledigung bereits früher abgeschlossener Verträge oder früher abgegebener Willenserklärungen mit derselben Wirkung ausgestattet sein sollen[3].

Umgekehrt ist es gewiß unzutreffend, dem neuen Haftungsgrundsatze für fremdes Verschulden rückwirkende Kraft beizumessen[4]. Denn es handelt sich zwar nicht um wohlerworbene Rechte[5]. Allein grundsätzlich ist daran festzuhalten, daß für

---

[1] Vgl. Habicht, a. a. O., S. 741.

[2] Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, 1^4, § 15, N. 2.

[3] Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 7.

[4] Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 7.

[5] Das genügt der Novelle (Erläuternde Bemerkungen, S. 122) anscheinend, um die Rückwirkung eintreten zu lassen.

ein Schuldverhältnis, das vor Beginn der Wirksamkeit des neuen Gesetzes entstanden ist, die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben[1]). Von diesem durchaus gerechtfertigten Standpunkte aus muß auch die weitergehende Haftung des neuen Rechtes für ältere Schuldverhältnisse abgelehnt werden[2]).

Über den Wert oder Unwert des § 887 a. b. G. B. endlich kann man geteilter Ansicht sein. Wenn man ihn aber einmal als Übel erkannt hat, kann das doch wohl nur darum sein, weil er zu Ergebnissen führt, die nach dieser Auffassung der Übung des redlichen Verkehres widersprechen[3]). Dann ist aber gerade die Aufhebung dieses Paragraphen eine von den Verfügungen, deren Rückwirkung vor allem geboten erscheint.

Das führt sofort zu einer anderen mißlungenen Übergangsbestimmung der Novelle. Die neuen Bestimmungen über ungültige Verträge sollen keine Anwendung auf Verträge finden, die vor Beginn der Wirksamkeit der Novelle geschlossen wurden[4]). Das ist kaum zutreffend. Denn hat der Gesetzgeber ein Geschäft ausdrücklich als gegen die guten Sitten verstoßend erklärt, so kann er nach Erklärung eines solches Satzes unmöglich noch zur Durchführung eines derartigen, gegen die guten Sitten verstoßenden Geschäftes seinen Rechtsschutz gewähren[5]). Wenn irgendwo, ist daher hier die Rückwirkung am Platze. Nur das, was noch unter der Herrschaft des alten Rechtes zur Erfüllung eines solchen Geschäftes geleistet wurde, kann auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes nicht zurückgefordert werden[6]). Nicht der Abschluß,

---

[1]) Artikel 170 des Einführungsgesetzes zum deutschen B. G. B.

[2]) Vgl. Habicht, a. a. O., S. 188.

[3]) Das sind ja im wesentlichen auch die Gründe, die die Novelle zu seiner Aufhebung veranlaßten. Vgl. Erläuternde Bemerkungen, S. 121.

[4]) § 129 der Novelle.

[5]) Vgl. Entsch. des (deutschen) Reichsgerichtes in Zivilsachen, 47, 23, S. 104; 43, 5, S. 24 f.; 42, 24, S. 97 ff.; Mayr, Der Bereicherungsanspruch, 1903, S. 87 f.; Habicht, a. a. O., S. 247.

[6]) Vgl. Habicht, a. a. O., S. 135 f.

sondern die Erfüllung des Geschäftes entscheidet daher darüber, ob es dem alten oder dem neuen Rechte untersteht.

Diese Beispiele mögen genügen, obwohl ihre Vermehrung nicht schwer wäre[1]). Alles in allem dürfte aber mit den vorstehenden Ausführungen dargetan sein, daß nicht nur die Systematik der Novelle durchaus verfehlt ist, sondern daß die darin wurzelnden Fehler auch den materiellen Gehalt der Novelle ungünstig beeinflussen.

---

[1]) Vgl. z. B. § 2, Abs. 2, und dazu E. Adler, Der Schutz des Namens, 1908, S. 18 f.; § 30, Satz 1, und dazu Krasnopolski, a. a. O., S. 7; § 66 und dazu Krasnopolski, a. a. O., S. 6; § 83 und dazu Schiffner, Die Erbrechtsreform, S. 12; § 85 und dazu Schiffner, a. a. O., S. 17 u. a. m.

IV. Die Sprache der Novelle.

Nicht das unwichtigste an einem Gesetze ist dessen Sprache. Das Gesetz kann einen zweifachen Weg einschlagen. Es kann sich von vornherein nur an Sachkundige wenden oder zum großen Publikum sprechen wollen. Die Novelle hatte keine Wahl. Sie mußte, da sie wenigstens zum Teile die Einfügung in das a. b. G. B. anstrebt, bemüht sein, den Ton dieses Gesetzbuches zu gewinnen. Dieser Ton aber ist vornehme und bewußte Volkstümlichkeit, wie ihn von neueren Gesetzen nur das schweizerische Zivilgesetzbuch zu treffen wußte. Diesen Ton anzuschlagen, ist der Novelle jedoch kaum gelungen. Das ist um so weniger verwunderlich, als die Neuerungen der Novelle naturgemäß vorwiegend aus dem deutschen B. G. B. entlehnt sind[1]) und begreiflicherweise darum nicht bloß dessen sachlichem, sondern auch dessen sprachlichem Einflusse erlagen. Das ist aber, wie bereits von anderer Seite[2]) treffend hervorgehoben wurde, nicht bloß ein Schönheitsfehler, sondern auch praktisch bedenklich. Denn dadurch ergibt sich die Notwendigkeit, die verschiedenen Bestimmungen ein und desselben Gesetzes verschieden zu lesen und auszulegen.

---

[1]) Von den obligationenrechtlichen Bestimmungen z. B. sind dem deutschen B. G. B. mehr oder weniger wörtlich entlehnt die §§ 114 (133 und 157 deutsches B. G. B.); 117 (278); 119 (147 und 151); 120 (149); 127 (139, 307); 128 (134, 138); 130 (1278; 766); 131 (125); 132 (126, 793); 134 (187, 188); 135 (193); 136 (269, 270); 139 (328, 335); 140 (333, 334); 143 (326); 145 (325); 148 (321); 151 (482); 152 (226, 826).

[2]) Wellspacher, a. a. O., S. 5.

Es soll nicht versucht werden, diese Charakteristik[1], an der Hand eines endlosen Kataloges von Sprachwidrigkeiten zu erhärten. Es sollen nur den von verschiedenen Kritikern bereits gerügten Mängeln[2]) einige wirkliche „Sprachdummheiten“ der Novelle angereiht werden. Zumindest zweifeln kann man, ob es zutreffend ist, wenn die Novelle wiederholt[3], mit den Worten: „§ .... a. b. G. B. hat zu lauten“ eine Bestimmung ganz anderen Inhaltes einleitet, als die war, die dieser Paragraph bisher enthielt. Denn diese Ausdrucksweise läßt doch wohl nur geringfügige stilistische Änderungen, nicht die Verdrängung einer Bestimmung durch eine solche ganz anderer Art erwarten, die mit der bisherigen nur die Stelle im Gesetze gemein hat[4]. Übertriebene Gewissenhaftigkeit und doch sprachlich unrichtig ist es, wenn die Novelle[5]) im Anschlusse an den „mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrag“ von dem „sonst einem Abwesenden gemachten Antrag“ spricht. Denn der „Fernsprechende“ mag zwar nach allgemeiner Vorstellung auch ein Abwesender sein, für das Gesetz aber ist er es eben nicht und daher kein Grund vorhanden, im Gegensatze dazu von „sonst“ einem Abwesenden zu sprechen.

Mit diesem verfehlten Streben nach Klarheit hängt wohl auch die bisweilen unverhältnismäßige Schwerfälligkeit in der Ausdrucksweise der Novelle zusammen. Denn nur solche und ohne jeden praktischen Zweck ist es, wenn die Novelle[6]) be-

---

[1]) Vgl. gegenüber dem relativ günstigen Urteile von Bartsch, Die Reform des österr. Privatrechts, 1908, S. 32, die abfälligen Bemerkungen von Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, S. 67 f. und Burckhard, „Neue Freie Presse“ vom 12. April 1908, S. 4.

[2]) Vgl. die in der vorigen Note angeführten Zitate; ferner den Anonymus, Juristische Blätter, 1908, S. 28 u. 51; Krasnopolski, a. a. O., S. 33; Schiffner, a. a. O., S. 11 f.; 22; 23; 25; 26; 29 f.

[3]) Vgl. z. B. §§ 117, 120, 139, 181 bis 184, 186, 187 bis 192 u. a. m.

[4]) In solchen Fällen dürfte es sachgemäßer sein, Wendungen zu gebrauchen wie die: „An die Stelle des § .... a. b. G. B. tritt folgende Bestimmung“.

[5]) § 119.

[6]) § 118.

stimmt, daß die Vorschrift des § 887 a. b. G. B. „in Ansehung der vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes errichteten Urkunden ungeachtet des Inkrafttretens des gegenwärtigen Gesetzes in Geltung bleibt". Für welche andere Urkunden oder für welchen anderen Zeitpunkt sollte das zweifelhaft sein? Würde nicht die Betonung des einen oder des anderen Umstandes genügen?

Umgekehrt verfällt die Novelle nicht selten auch in den Fehler unangebrachter Kürze. Solche ist es z. B., wenn die Novelle (§ 19) das Vormundschaftsgericht anweist, zu entscheiden, „ob die Pflege und Erziehung aller oder welcher Kinder dem Vater oder der Mutter zu überlassen ist". Die Folge solcher unzulässiger Kürze ist oft nicht nur wie hier ein ästhetisches Unbehagen, sondern auch eine schwer zu lösende Undeutlichkeit[1]). Ein bemerkenswertes Beispiel dieser Art bietet die Bestimmung der Novelle über die Folgen verschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung[2]). Der zweiseitige Vertrag hat bekanntlich die Eigentümlichkeit, daß beide Parteien zugleich Gläubiger und Schuldner sind. Darum kann man die beiden Parteien nicht durch diese Bezeichnungen charakterisieren und darum spricht die Novelle hier wiederholt von einem und von dem anderen Teile. Das hat nun aber das Mißliche, daß der eine und der andere Teil schillernde Bezeichnungen sind, insofern jede der beiden Bezeichnungen ständig eine bestimmte oder auch je nach dem Standpunkte, den man gerade einnimmt, bald die eine, bald die andere Vertragsseite bedeuten kann. Demgemäß läßt die vorerwähnte Bestimmung eine zweifache Auslegung zu. Sie sagt: „Wenn die Erfüllung eines entgeltlichen Vertrages durch Verschulden eines Teiles..... unmöglich wird, kann der andere Teil entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten". Das kann so verstanden werden, daß „ein Teil"

---

[1]) Beispiele: § 8 bei Burckhard, „Neue Freie Presse" vom 12. April 1908, S. 4; §§ 53, Satz 1, 64, Abs. 3, bei Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, 1908, S. 67 u. a. m.

[2]) § 145.

eine beliebige der beiden Parteien bedeutet, daß daher die hier vorgesehene Wirkung eintritt, gleichgültig, ob die Leistung durch Verschulden des Leistungspflichtigen oder des Leistungsempfängers unmöglich geworden ist, daß demnach auch der Teil, der seine eigene Leistung nicht erbringen will, sich von dieser Verpflichtung befreien kann, indem er die Leistung des anderen unmöglich und damit auch dessen Erfüllungsanspruch zunichte macht, ihn auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt beschränkt[1]). Man kann aber auch unter „einem Teile" ein- für allemal die eine und unter dem anderen Teile ein- für allemal die andere Vertragspartei und demnach unter dem Verschulden eines Teiles ein diesem bestimmten einen Teile, dem Leistungspflichtigen zur Last fallendes Verschulden verstehen. Unterstützt wird gerade diese Auslegung durch zweierlei. Es wäre nicht nur sachlich ungerechtfertigt, sondern auch sprachlich unzutreffend, wenn die Leistung des A. an den B. durch Verschulden des B. unmöglich geworden ist, von einem Schadenersatzanspruche des A. gegenüber dem B. wegen Nichterfüllung, d. h. wegen Unmöglichkeit der Erfüllung durch B. zu sprechen. Denn die Leistung des B. an den A. ist nach wie vor möglich und vertragsmäßig begründet. Ferner gibt der zweite Satz des in Rede stehenden § 145 der Novelle dem Berechtigten unter denselben Voraussetzungen bei teilweiser Unmöglichkeit das Recht zum Rücktritte vom ganzen Vertrage, wenn die teilweise Erfüllung kein Interesse für ihn hat. Auch das paßt nur auf die teilweise unmöglich gewordene Leistung. Denn die Leistung des B., dessen Verschulden die Leistung des A. unmöglich gemacht hat, ist nach wie vor ganz möglich und begründet, so daß für einen Rücktritt wegen teilweiser Unmöglichkeit gar kein Anlaß vorliegt[2]).

---

[1]) Das ist die Auslegung Wellspachers, a. a. O., S. 20 f.

[2]) Nach dieser Auslegung ist allerdings der Fall, daß die Leistung durch Verschulden des Leistungsempfängers unmöglich wird, im Gesetze überhaupt nicht geregelt. Das ist aber kaum verwunderlich, da auch § 919 a. b. G. B., an dessen Stelle die Bestimmungen dieses Titels treten sollen, diesen Fall nicht behandelt. Er muß wie bisher arg. a contr.

Noch schlimmer als um die grammatikalische und ästhetische Behandlung der Sprache steht es um die technische Ausdrucksweise der Novelle. Es muß einem neuen Gesetze, selbst wenn es dazu bestimmt ist, Bestandteil eines älteren Gesetzes zu werden, unverwehrt sein, neue technische Ausdrücke in die Gesetzessprache einzuführen. Aber diese neuen terminologischen Begriffe müssen klar zum Ausdruck bringen, was sie sagen wollen und sollen. Anderseits darf das neue Gesetz nicht willkürlich neue Begriffe schaffen, die nichts anderes sagen sollen und wollen, als was schon bisher durch andere, auch künftig in Geltung bleibende Bezeichnungen ausgedrückt wird. Damit ist bereits ein letzter und nicht der unwichtigste Grundsatz der Gesetzesterminologie angedeutet. Das Gesetz muß, wenn anders es auf Klarheit und Bestimmtheit Anspruch erhebt, dasselbe stets mit denselben Worten sagen. Reichtum an synonymen Wendungen und Begriffen mag den schriftstellerischen Stil zieren, in der Gesetzessprache ist für Synonyma kein Raum. Gegen diese drei Grundsätze verstößt die Novelle oft und gröblich.

Die Novelle gebraucht wiederholt[1]) neue technische Ausdrücke, ohne deren Bedeutung klar zu umschreiben. Auffallend

---

in dem Sinne enschieden werden, daß der schuldhafte Leistungsempfänger zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, dem anderen Teile aber anrechnen darf, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Vgl. Mayr, Die Wirkungen der Nichterfüllung, Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1904, Separatabdruck S. 65. Das deutsche B. G. B. behandelt bekanntlich beide Fälle ausdrücklich und getrennt voneinander (§§ 324, 325) und bedient sich dabei einer unzweideutigen, nicht unzweckmäßig verkürzten Ausdrucksweise: „Wird die .... dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er (beziehungsweise den der andere Teil) zu vertreten hat, unmöglich, so ......"

[1]) Vgl. z. B. § 1: „Deckname" und dazu E. Adler, Der Schutz des Namens, 1908, S. 13, N. 26; § 1, Abs. 2: „Anmaßung" und dazu E. Adler, a. a. O., S. 9 ff.; § 45: „Pflegschaft"?; § 72: „Einigung" und dazu Krasnopolski, a. a. O., S. 14 f.; § 86: „Kassatorische Klausel" und dazu Ehrenzweig, Juristische Blätter, 1908, S. 50; Schiffner, a. a. O., S. 18, N. 1; § 145: „Der zu vertretende Zu-

ist z. B. die Sorglosigkeit, mit der sie[1]) den „gesetzlichen Vertreter“ in das bürgerliche Recht[2]) einführt. Eine Determinierung dieses neuen Begriffes wäre um so angezeigter, als der Kreis der Personen, die durch diesen Begriff gedeckt werden sollen und für deren Verschulden künftig wie für eigenes gehaftet werden soll, in diesem Sinne selbst für das deutsche B. G. B.[3]) nicht außer Zweifel steht, obwohl dieses den Begriff des gesetzlichen Vertreters auch sonst verwendet. Die Festlegung des Begriffes ist aber für das Verständnis der Bestimmung schon darum unerläßlich, weil nur die Haftung für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters zwingendes Recht ist und anscheinend nicht nur dann Platz greift, wenn man sich seiner zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient.

Derselbe Paragraph enthält eine andere terminologische Zweideutigkeit. Wer sind die Personen, deren man sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient? Sind damit Substituten und Gehilfen oder nur die einen oder die anderen gemeint? Die erläuternden Bemerkungen scheinen an beide zu denken[4]),

fall“; § 155 ff.: „Dienstvertrag“ und dazu Wellspacher, a. a. O., S. 24. Eine der merkwürdigsten Verpflichtungen, die die Novelle schafft, ist die, einem anderen „an die Hand zu gehen“ (§ 23, § 35, Z. 4), die allenfalls in eine Vollzugsschrift, aber doch kaum in ein bürgerliches Gesetzbuch paßt.

[1]) § 117.

[2]) Der Begriff findet sich zwar wiederholt in der Zivilprozeßordnung (§§ 2, 4, 6, 7, 230, 477, Z. 5 u. a. m.). Aber auch sie enthält sich einer Bestimmung dieses Begriffes, die vielmehr Aufgabe des materiellen Rechtes wäre (vgl. Skedl, Das österreichische Zivilprozeßrecht, 1, S. 157 ff.), von diesem aber bisher nicht vorgenommen ist, wenn auch das a. b. G. B. gelegentlich (§§ 91, 152, 243) davon spricht, daß der Ehemann, Vater und Vormund zur Vertretung der Frau, des Kindes, des Mündels berufen sind. Nebenbei bemerkt, wäre hier Gelegenheit gewesen, der Frage der Haftung des Staates für seine Organe näher zu treten. Vgl. Till, a. a. O., S. 29.

[3]) § 278: Vgl. dazu Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 2^3, § 278, Z. 2 a.

[4]) Erläuternde Bemerkungen, S. 122, dem deutschen B. G. B. folgend (A. M. Wellspacher, a. a. O., S. 8). Denn anläßlich der Beratung des deutschen B. G. B. meinte man zwar, der Fall, daß der

übersehen aber, daß für den Substituten nach geltendem und auch fürderhin in Kraft bleibendem Rechte etwas anderes gilt[1]), und daß auch für den Gehilfen bereits eine unberührt bleibende Norm gilt[2]), die sich mit der neuen Vorschrift nicht ohne weiteres vereinigen läßt[3]).

Die Novelle verwendet ferner wiederholt neue Wendungen für Begriffe, die bereits dem geltenden Rechte geläufig sind. Sie sagt gelegentlich[4]), daß Einreden aus dem Vertrage zugunsten eines Dritten dem Versprechenden auch gegen den Dritten zustehen, obwohl nicht nur das a. b. G. B. regelmäßig[5]), sondern auch sie selbst wiederholt[6]) in demselben Sinne die Bezeichnung „Einwendungen“ gebraucht. Ebenso führt sie überflüssigerweise an einer Stelle[7]) den Ausdruck

---

Schuldner einen Dritten zu seiner rechtsgeschäftlichen Vertretung bestellt hat, komme hier nicht in Betracht, „weil dieselbe in der in Frage stehenden Beziehung an sich unerheblich scheint und nur von Belang wird, wenn der Stellvertreter bei der Bewirkung der Leistung tätig ist, in welchem Falle er als faktischer Vertreter jedem anderen gleichsteht, dessen sich der Schuldner bei der Bewirkung der Leistung bedient“ (Motive, 2, S. 29). Das heißt aber wohl nichts anderes, als daß der Geschäftsherr für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen haftet, gleichgültig, ob dieser nur als solcher fungiert oder zwar Substitut ist, als solcher aber unter anderem auch die Erfüllung vornimmt.

[1]) §§ 1010, 1161 a. b. G. B. Für deren Beschränkung auf den Substituten jetzt namentlich v. Schey, Obligationsverhältnisse, 1, S. 604 ff. Die Lösung wird daher darin zu finden sein, daß § 117 der Novelle auf den Gehilfen im eigentlichen Sinne beschränkt werden muß. Wellspacher, a. a. O., S. 8, N. 4.

[2]) § 1315 a. b. G. B., dessen Geltungskreis bisher streitig war, von v. Schey, a. a. O., S. 605, 611 ff., aber neuestens wiederum nicht bloß auf außervertragliche Verhältnisse bezogen wird.

[3]) Es erübrigt wohl nur, § 1315 auf außervertragliche, § 117 der Novelle auf Vertragsverhältnisse zu beziehen. Wellspacher, a. a. O., S. 8, N. 5.

[4]) § 140.

[5]) §§ 937, 1361, 1396, 1501.

[6]) §§ 183, 189.

[7]) § 135.

ist ... das a. b. G. B.[1]) und sie selbst[2])
tre... Verzögerung zu sprechen gewohnt sind[3]).
di... Novelle die unzutreffende Terminologie
... zu müssen, wo dieses selbst ihm die
... besseres an deren Stelle zu setzen.
... zweiseitiger (gegenseitiger, synallagmatischer)
... dasselbe[4]). Unser bürgerliches Gesetzbuch
... die beiden Einteilungsgründe mit-
... aber immerhin beide Ausdrücke[6]), so daß
... wäre, den unrichtigen fallen zu lassen und
... anderen zu übernehmen. Statt dessen beharrt
... bei dem verfehlten Ausdrucke „entgeltliche

... läßt die Novelle in entscheidenden Fragen eine
... Terminologie vermissen. Wenn die Erklärung der An-
... des Vertragsantrages zwar rechtzeitig abgesandt
... aber dem Antragsteller verspätet zukam, muß der An-
... dem anderen seinen Rücktritt[8]) unverzüglich an-
... Der einem Anwesenden gemachte Antrag muß so-
... angenommen werden[10]). Für uneheliche Kinder muß das
... unverweilt einen Vormund bestellen[11]). Die Vormund-
... haben gerichtlichen Aufträgen ohne Aufschub zu ent-

[1]) §§ 1333, 1334, 1419.

[2]) §§ 143, 144.

[3]) Andere Beispiele: „Standesregister" statt Matriken im § 2, vgl. G. Adler, a. a. O., S. 18; „Beurkundung" im § 79 und dazu Wolffner, a. a. O., S. 3 f.

[4]) Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, 2[4], § 315, zu N. 26.

[5]) Vgl. z. B. § 864 u. a. m.

[6]) Vgl. z. B. §§ 864, 915 u. a. m.

[7]) §§ 143 ff.

[8]) Wellspacher, a. a. O., S. 10, rügt auch die Verwendung des Ausdruckes „Rücktritt", da nur von einer Mitteilung der Verspätung die Rede sein könne. Immerhin findet diese Ausdrucksweise ihre Entschuldigung in der Analogie des Art. 319, Abs. 2, H. G. B.

[9]) § 120 der Novelle.

[10]) § 119 der Novelle.

[11]) § 22 der Novelle.

sprechen[1]). Man sollte glauben, daß mit diesen verschiedenen Wendungen dasselbe gemeint ist, daß aber dann, wenn schon derart unsichere und zum Teil wohl unvermeidliche Normen aufgestellt werden müssen, wenigstens eine möglichst einheitliche Terminologie angezeigt wäre.

Des zweifachen Fehlers, einen neuen Begriff einzuführen, ohne ihn genügend festzulegen, und bei Verwendung dieses Begriffes in der Ausdrucksweise zu schwanken, macht sich die Novelle bei Übernahme des „Kennen müssens" aus dem deutschen B. G. B. schuldig. Der Antragsteller ist zu der vorerwähnten unverzüglichen Anzeige des Rücktrittes verpflichtet, wenn er erkennen mußte, daß die Annahmeerklärung rechtzeitig abgesandt wurde[2]). Ist „Kennen müssen" schon jedes nichtkennen infolge von Fahrlässigkeit oder nur das infolge grober Fahrlässigkeit? Wie einfach und klar sagt das deutsche B. G. B.[3]) ein= für allemal: „infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte)". Erhöht wird der Zweifel dadurch, daß an anderer, aus dem geltenden Rechte[4]) übernommener Stelle die Anfechtung wegen Irrtums gestattet wird, wenn er dem anderen Vertragsteile „aus den Umständen offenbar auffallen mußte"[5]). Ist damit etwas anderes oder dasselbe gemeint? Endlich kehrt die Wendung noch an zwei Stellen, jedesmal in anderer Gestalt, wieder. Wenn ein Vertrag wegen Unmöglichkeit nicht zustande kommt, ist zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses verpflichtet, wer die Unmöglichkeit kannte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen mußte[6]). Ebenso kann der zur Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage Verpflichtete die Leistung wegen Gefährdung verweigern, wenn ihm diese Gefährdung im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses weder bekannt war noch bei Anwendung gehöriger

---

[1]) § 36 der Novelle.
[2]) § 120 der Novelle.
[3]) § 122, Abs. 2, deutsches B. G. B.
[4]) § 876 a. b. G. B.
[5]) § 124 der Novelle.
[6]) § 127 der Novelle.

Sorgfalt hätte bekannt sein müssen[1]). Sind die gehörige Aufmerksamkeit und die gehörige Sorgfalt, was wohl anzunehmen ist, dasselbe, dann würde sich wohl auch ein einheitlicher Ausdruck empfehlen. Ist ferner in diesen Fällen nichts anderes gemeint als dort, wo es einfach auf das erkennen müssen ankommt — und es fehlt jedenfalls an einem Grunde zu feinen Unterscheidungen —, so wäre wohl auch dort dieselbe Ausdrucksweise zu wählen.

[1]) § 148 der Novelle.

V. Die Technik der Novelle.

Schon die sprachlichen Beobachtungen, die sich an der Novelle machen ließen, berechtigen zu dem Schlusse, daß die Erwartungen auf die Technik der Novelle nicht allzu hoch gespannt werden dürfen, während doch das Schwergewicht jeder Gesetzgebungsarbeit gerade in diesem Punkte ruhen muß. Denn mag auch die Jurisprudenz als solche nicht bloß eine Technik, sondern auch eine wirkliche Wissenschaft sein, so tritt doch gerade in der Gesetzgebung vor allem ihre technische Seite zutage. Nicht umsonst spricht man von Gesetzgebungskunst, nicht von Gesetzgebungswissenschaft. Der oberste Grundsatz dieser Kunst ist aber wohl Klarheit und Bestimmtheit des Ausdruckes. Das Gesetz muß das sagen, was es sagen will. Es muß das, was es will, vollständig zum Ausdruck bringen. Es muß seine Absichten deutlich erkennen lassen. Es muß aus sich selbst heraus verständlich sein. All diese Gesichtspunkte sind jedoch in der Novelle stark vernachlässigt.

Wiederholt widerfährt der Novelle das Mißgeschick, daß sie etwas anderes sagt, als was sie, wenn man den erläuternden Bemerkungen glauben soll, eigentlich sagen wollte. Das ist z. B. bei einer der anstößigsten Bestimmungen der Novelle der Fall, die uns auch noch aus anderem Gesichtspunkte beschäftigen wird. Wenn nämlich eine Annahmeerklärung nach der Natur des Geschäftes oder der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder wenn vom Antragsteller darauf verzichtet wurde, so gilt der Vertrag als geschlossen, wenn der Antrag innerhalb der dafür bestimmten oder den Umständen ange-

messenen Frist nicht abgelehnt ist[1]). Das bedeutet eine völlige Umkehrung des geltenden Rechtszustandes, indem dadurch die Notwendigkeit der Annahme zur Ausnahme, die Verpflichtung zur ausdrücklichen Ablehnung die Regel wird[2]). Denn gewähren schon die Natur des Geschäftes und die Verkehrssitte einen weiten Spielraum, so wird vollends der Verzicht des Antragstellers das Gewöhnliche werden. Das deutsche B. G. B.[3]) bestimmt nun zwar etwas ähnliches, indem es ebenfalls die Annahmeerklärung in ungefähr demselben Umfang[4]) für entbehrlich erklärt, aber keine Ablehnung des Antrages verlangt, sondern den Antrag in dem Zeitpunkte von selbst erlöschen läßt, der sich „nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden" ergibt. Das ist etwas wesentlich anderes und hat auch einen anderen Zweck. Ursprünglich wollte man damit zum Ausdruck bringen, daß auch die Annahme eines Vertragsantrages stillschweigend erfolgen könne[5]). Später glaubte man der Wissenschaft und Praxis die Entscheidung überlassen zu können, in welchen Fällen die stillschweigende Annahme eines Vertragsantrages dem Antragenden gegenüber zulässig sei, und wollte vielmehr für die Fälle eine Bestimmung geben, in denen zwar eine Annahme gegenüber dem Antragenden überhaupt nicht erforderlich ist, es aber trotzdem einer begrifflich zum Wesen des Vertragsschlusses gehörigen Annahme bedarf, die hier in jeder Betätigung des Annahmewillens gefunden wird, die diesen erkennbar zum Ausdruck bringt, ohne daß sie an den Antragenden gerichtet ist[6]). Das Merkwürdige ist nun, daß auch die Novelle dieses Ziel anstrebte. Wenigstens läßt es keine andere

[1]) § 11[illegible], Art. 2 der Novelle.

[2]) Etwas Ähnliches enthält zwar schon Art. 323 H. G. B. Er ist aber in seiner Anwendung auf das Verhältnis zwischen Kaufleuten und Kunden beschränkt, zwischen denen eine Geschäftsverbindung besteht.

[3]) § 151.

[4]) „Wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat."

[5]) Motive, I, S. [illegible].

[6]) Protokolle I, S. [illegible].

Deutung zu, wenn die erläuternden Bemerkungen[1]) meinen: „Da in solchen Fällen der Antragsempfänger nicht eine Erklärung abgeben, sondern ... dem Antrag entsprechend handeln soll, wird in der Regel der Antrag als abgelehnt anzusehen sein, wenn nicht durch die Ausführung der Annahmewille bestätigt wird.“ Zu dieser dem deutschen Reichsrechte entlehnten Erwägung paßt jedoch die aus dem schweizerischen Rechte[2]) übernommene Fassung des Gesetzes nicht, die dem Empfänger eine Verpflichtung zur ausdrücklichen Beantwortung des Vertragsantrages auferlegt[3]).

Ein ähnlicher Widerspruch zwischen Absicht und Ausdruck liegt im § 123 der Novelle vor, demzufolge der andere Teil den Vertrag nicht nur, wie bisher[4]), dann nicht zu halten verbunden ist, wenn er durch ungerechte und gegründete Furcht, sondern auch, wenn er durch Arglist dazu veranlaßt worden ist. Denn damit soll die Anfechtung wegen Arglist auch dann begründet werden, wenn der dadurch veranlaßte Irrtum auch bloß einen unwesentlichen Vertragsbestandteil betrifft[5]). Dieser Erfolg wird aber durch die vorliegende Fassung der Bestimmung nicht erreicht[6]). Denn wenn der Getäuschte durch die Täuschung über einen Nebenumstand zum Vertragsschlusse veranlaßt wurde, so kann das nur ein solcher Nebenumstand sein, den die Parteien „als vorzügliche Absicht erklärt haben“, in welchem Falle die Anfechtung schon nach geltendem Rechte[7]) begründet ist.

[1]) S. 123.

[2]) Art. 5, Abs. 3, des schweizerischen Obligationenrechtes, beziehungsweise Art. 1021 des noch nicht Gesetz gewordenen Ergänzungsentwurfes vom 3. März 1905.

[3]) Die mißlichen Folgen dieses Standpunktes zeigt Wellspacher a. a. O., S. 9, an dem Beispiele, daß A. dem B. ohne Bestellung eine Ware samt Rechnung übersendet, die B. für sich verwendet oder veräußert, um dann trotzdem noch in angemessener Frist die Ablehnung des Kaufes zu erklären.

[4]) § 870 a. b. G. B., an dessen Stelle § 123 der Novelle treten soll.

[5]) Erläuternde Bemerkungen, S. 125.

[6]) Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 35 f.

[7]) § 872 a. b. G. B.

Ein anderer Fall, in dem es der Novelle nicht gelungen zu sein scheint, ihre eigentliche Absicht zum Ausdrucke zu bringen, oder in dem sie sich des Widerspruches, den sie tatsächlich begründet, nicht bewußt wird, begegnet beim Vertrage zugunsten eines Dritten. Während die Novelle[1]), dem deutschen Reichsrechte[2]) folgend, es als Auslegungsfrage behandelt, ob und wann der Dritte ein selbständiges Recht erwirbt, hält sie, von ihrem Vorbilde abweichend, die Norm des § 1019 a. b. G. B. aufrecht[3]), daß vorbehaltlich anderer Vereinbarungen im Falle des unmittelbaren Erwerbes das Recht des Dritten, Erfüllung zu fordern, ohne dessen Zustimmung nicht mehr aufgehoben oder geändert werden kann, sobald er vom Versprechenden oder vom Versprechensempfänger vom Vertrage benachrichtigt worden ist. Die erläuternden Bemerkungen[4]) scheinen nun zwar zu glauben, daß damit eine zweite allgemeine Norm für die Frage gegeben sei, in welchem Zeitpunkte der Dritte ein unmittelbares Recht erwerbe. Tatsächlich läßt aber eine vernünftige Auslegung der beiden Bestimmungen wohl keine andere Auffassung zu, als daß die zweite die Frage löst, ob das von dem Dritten unmittelbar erworbene Recht noch nachträglich aufgehoben werden kann[5]). Das unerfreuliche, weil überaus unzweckmäßige Ergebnis[6]) dieses Mißverständnisses ist, daß damit der unmittelbare Erwerb des Rechtes des Dritten und die Unentziehbarkeit dieses Rechtes, die Möglichkeit seiner Wiederaufhebung, an verschiedene Voraussetzungen geknüpft sind.

Die Novelle macht ferner wiederholt den Eindruck der Unvollständigkeit und Unfertigkeit. Diesen Eindruck empfängt man z. B.[7]) bei dem schon erwähnten Versuche der Novelle,

---

[1]) § 139, Abs. 2, Satz 1.

[2]) § 328, Abs. 2, deutsches B. G. B.

[3]) § 139, Abs. 3, der Novelle.

[4]) S. 134.

[5]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 16; Steinlechner, a. a. O., S. 32.

[6]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 16 f.

[7]) Schon Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, 1908, S. 65, hebt einige treffende Beispiele dieser Art hervor.

die Grundsätze der Irrtumslehre in einem neuen Paragraphen zusammenzufassen[1]). Bloß halbe Arbeit leistet auch § 130 der Novelle. Denn er trifft zwar die Anordnung, daß der Bürgschaftsvertrag nur gültig sein soll, wenn die Verpflichtungserklärung schriftlich abgegeben wird, über deren Zweckmäßigkeit man geteilter Ansicht sein kann[2]), unterläßt es aber, aus dem deutschen B. G. B.[3]) auch den anderen Satz herüber zu nehmen, daß der Mangel der Form geheilt wird, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt[4]). Wenn ferner bestimmt wird, daß als Erfüllungsort künftig im Zweifel der Wohnsitz oder die Geschäftsniederlassung des Schuldners zu gelten habe[5]), so weisen die erläuternden Bemerkungen der Novelle[6]) mit Recht darauf hin, daß damit die Regel des § 1420 a. b. G. B., wonach der Schuldner Zahlungen, die außer dem Falle eines Vertrages zu leisten sind, nur am Orte seines Wohnsitzes abzuführen schuldig ist, auf vertragsmäßige Leistungen ausgedehnt ist. Dann wäre es aber wohl auch am Platze gewesen, diesen überflüssig gewordenen § 1420 außer Kraft zu setzen[7]). Sachlich ist es ferner gewiß zutreffend, da „die neue Vorschrift über die Fristenberechnung auf jene gesetzlichen Fristen nicht Anwendung finden" kann, die „nicht einen veränderlichen Zeitraum bezeichnen, sondern

---

1) Siehe oben S. 15, N. 2.

2) Vgl. z. B. dagegen Till, a. a. O., S. 29 f.

3) § 766, Satz 2.

4) Es soll zwar nicht geleugnet werden, daß mit § 1432 a. b. G. B. das Auslangen zu finden ist, wenn man anzunehmen geneigt ist, daß die Zahlung der Hauptschuld durch den Bürgen die Tilgung der Schuld ist, die aus Mangel der Förmlichkeit ungültig ist und nun durch Erfüllung geheilt wird. Allein es soll damit vielmehr etwas anderes angedeutet werden, daß nämlich die Regelung des Verhältnisses späterer Formvorschriften, wie namentlich des Notariatszwangsgesetzes, zu dieser Bestimmung des a. b. G. B. dringender wäre als die Belastung des Verkehres mit neuen Zwangsformen. Vgl. Mayr, Zur Frage der Revision, S. 25, N. 108.

5) § 136 der Novelle.

6) S. 131.

7) Vgl. Steinlechner, a. a. O., S. 23.

„Versäumnis“ ein, obwohl das a. b. G. B.[1]) und sie selbst[2]) sonst von Verzug oder Verzögerung zu sprechen gewohnt sind[3]). Umgekehrt glaubt die Novelle die unzutreffende Terminologie des a. b. G. B. wahren zu müssen, wo dieses selbst ihm die Handhabe bietet, etwas besseres an deren Stelle zu setzen. Entgeltlicher und zweiseitiger (gegenseitiger, synallagmatischer) Vertrag sind nicht dasselbe[4]). Unser bürgerliches Gesetzbuch identifiziert nun zwar die beiden Einteilungsgründe miteinander[5]). Es kennt aber immerhin beide Ausdrücke[6]), so daß Gelegenheit gewesen wäre, den unrichtigen fallen zu lassen und den sachlich zutreffenderen zu übernehmen. Statt dessen beharrt die Novelle[7]) bei dem verfehlten Ausdrucke „entgeltliche Verträge“.

Endlich läßt die Novelle in entscheidenden Fragen eine ständige Terminologie vermissen. Wenn die Erklärung der Annahme eines Vertragsantrages zwar rechtzeitig abgesandt wurde, aber dem Antragsteller verspätet zukam, muß der Antragsteller dem anderen seinen Rücktritt[8]) unverzüglich anzeigen[9]). Der einem Anwesenden gemachte Antrag muß sogleich angenommen werden[10]). Für uneheliche Kinder muß das Gericht unverweilt einen Vormund bestellen[11]). Die Vormundschaftsräte haben gerichtlichen Aufträgen ohne Aufschub zu ent-

---

1) §§ 1333, 1334, 1419.

2) §§ 143, 144.

3) Andere Beispiele: „Standesregister“ statt Matriken im § 2, vgl. E. Adler, a. a. O., S. 18; „Beurkundung“ im § 79 und dazu Schiffner, a. a. O., S. 3 f.

4) Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, 2⁴, § 315, zu N. 26.

5) Vgl. z. B. § 864 u. a. m.

6) Vgl. z. B. §§ 864, 915 u. a. m.

7) §§ 143 ff.

8) Wellspacher, a. a. O., S. 10, rügt auch die Verwendung des Ausdruckes „Rücktritt“, da nur von einer Mitteilung der Verspätung die Rede sein könne. Immerhin findet diese Ausdrucksweise ihre Entschuldigung in der Analogie des Art. 319, Abs. 2, H. G. B.

9) § 120 der Novelle.

10) § 119 der Novelle.

11) § 22 der Novelle.

sprechen[1]). Man sollte glauben, daß mit diesen verschiedenen Wendungen dasselbe gemeint ist, daß aber dann, wenn schon derart unsichere und zum Teil wohl unvermeidliche Normen aufgestellt werden müssen, wenigstens eine möglichst einheitliche Terminologie angezeigt wäre.

Des zweifachen Fehlers, einen neuen Begriff einzuführen, ohne ihn genügend festzulegen, und bei Verwendung dieses Begriffes in der Ausdrucksweise zu schwanken, macht sich die Novelle bei Übernahme des „Kennen müssens" aus dem deutschen B. G. B. schuldig. Der Antragsteller ist zu der vorerwähnten unverzüglichen Anzeige des Rücktrittes verpflichtet, wenn er erkennen mußte, daß die Annahmeerklärung rechtzeitig abgesandt wurde[2]). Ist „Kennen müssen" schon jedes nichtkennen infolge von Fahrlässigkeit oder nur das infolge grober Fahrlässigkeit? Wie einfach und klar sagt das deutsche B. G. B.[3]) ein- für allemal: „infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte)". Erhöht wird der Zweifel dadurch, daß an anderer, aus dem geltenden Rechte[4]) übernommener Stelle die Anfechtung wegen Irrtums gestattet wird, wenn er dem anderen Vertragsteile „aus den Umständen offenbar auffallen mußte"[5]). Ist damit etwas anderes oder dasselbe gemeint? Endlich kehrt die Wendung noch an zwei Stellen, jedesmal in anderer Gestalt, wieder. Wenn ein Vertrag wegen Unmöglichkeit nicht zustande kommt, ist zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses verpflichtet, wer die Unmöglichkeit kannte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen mußte[6]). Ebenso kann der zur Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage Verpflichtete die Leistung wegen Gefährdung verweigern, wenn ihm diese Gefährdung im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses weder bekannt war noch bei Anwendung gehöriger

1) § 36 der Novelle.
2) § 120 der Novelle.
3) § 122, Abs. 2, deutsches B. G. B.
4) § 876 a. b. G. B.
5) § 124 der Novelle.
6) § 127 der Novelle.

[illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]. [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]-
[illegible] und die geistige [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]
ist, dieselbe, [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] Aus-
druck empfehlen. [illegible] [illegible] in dieser Fälle [illegible] [illegible]
gemeint als [illegible] [illegible] es [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]
kommt — und es [illegible] [illegible] [illegible] einem [illegible] zu feinen
Unterscheidungen —, so wäre wohl [illegible] [illegible] [illegible] Aus-
drucksweise zu wählen.

[illegible]

V. Die Technik der Novelle.

Schon die sprachlichen Beobachtungen, die sich an der Novelle machen ließen, berechtigen zu dem Schlusse, daß die Erwartungen auf die Technik der Novelle nicht allzu hoch gespannt werden dürfen, während doch das Schwergewicht jeder Gesetzgebungsarbeit gerade in diesem Punkte ruhen muß. Denn mag auch die Jurisprudenz als solche nicht bloß eine Technik, sondern auch eine wirkliche Wissenschaft sein, so tritt doch gerade in der Gesetzgebung vor allem ihre technische Seite zutage. Nicht umsonst spricht man von Gesetzgebungskunst, nicht von Gesetzgebungswissenschaft. Der oberste Grundsatz dieser Kunst ist aber wohl Klarheit und Bestimmtheit des Ausdruckes. Das Gesetz muß das sagen, was es sagen will. Es muß das, was es will, vollständig zum Ausdruck bringen. Es muß seine Absichten deutlich erkennen lassen. Es muß aus sich selbst heraus verständlich sein. All diese Gesichtspunkte sind jedoch in der Novelle stark vernachlässigt.

Wiederholt widerfährt der Novelle das Mißgeschick, daß sie etwas anderes sagt, als was sie, wenn man den erläuternden Bemerkungen glauben soll, eigentlich sagen wollte. Das ist z. B. bei einer der anstößigsten Bestimmungen der Novelle der Fall, die uns auch noch aus anderem Gesichtspunkte beschäftigen wird. Wenn nämlich eine Annahmeerklärung nach der Natur des Geschäftes oder der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder wenn vom Antragsteller darauf verzichtet wurde, so gilt der Vertrag als geschlossen, wenn der Antrag innerhalb der dafür bestimmten oder den Umständen ange-

messenen Frist nicht abgelehnt ist[1]). Das bedeutet eine völlige Umkehrung des geltenden Rechtszustandes, indem dadurch die Notwendigkeit der Annahme zur Ausnahme, die Verpflichtung zur ausdrücklichen Ablehnung die Regel wird[2]). Denn gewähren schon die Natur des Geschäftes und die Verkehrssitte einen weiten Spielraum, so wird vollends der Verzicht des Antragstellers das Gewöhnliche werden. Das deutsche B. G. B.[3]) bestimmt nun zwar etwas ähnliches, indem es ebenfalls die Annahmeerklärung in ungefähr demselben Umfang[4]) für entbehrlich erklärt, aber keine Ablehnung des Antrages verlangt, sondern den Antrag in dem Zeitpunkte von selbst erlöschen läßt, der sich „nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden" ergibt. Das ist etwas wesentlich anderes und hat auch einen anderen Zweck. Ursprünglich wollte man damit zum Ausdruck bringen, daß auch die Annahme eines Vertragsantrages stillschweigend erfolgen könne[5]). Später glaubte man der Wissenschaft und Praxis die Entscheidung überlassen zu können, in welchen Fällen die stillschweigende Annahme eines Vertragsantrages dem Antragenden gegenüber zuläßig sei, und wollte vielmehr für die Fälle eine Bestimmung geben, in denen zwar eine Annahme gegenüber dem Antragenden überhaupt nicht erforderlich ist, es aber trotzdem einer begrifflich zum Wesen des Vertragsschlusses gehörigen Annahme bedarf, die hier in jeder Betätigung des Annahmewillens gefunden wird, die diesen erkennbar zum Ausdruck bringt, ohne daß sie an den Antragenden gerichtet ist[6]). Das Merkwürdige ist nun, daß auch die Novelle dieses Ziel anstrebte. Wenigstens läßt es keine andere

---

[1]) § 119, Abs. 2, der Novelle.

[2]) Etwas ähnliches enthält zwar schon Art. 323 H. G. B. Er ist aber in seiner Anwendung auf das Verhältnis zwischen Kaufleuten und Kunden beschränkt, zwischen denen eine Geschäftsverbindung besteht.

[3]) § 151.

[4]) „Wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat."

[5]) Motive, 1, S. 447.

[6]) Protokolle, 1, S. 83.

Deutung zu, wenn die erläuternden Bemerkungen[1]) meinen: „Da in solchen Fällen der Antragsempfänger nicht eine Erklärung abgeben, sondern ... dem Antrag entsprechend handeln soll, wird in der Regel der Antrag als abgelehnt anzusehen sein, wenn nicht durch die Ausführung der Annahmewille bestätigt wird.“ Zu dieser dem deutschen Reichsrechte entlehnten Erwägung paßt jedoch die aus dem schweizerischen Rechte[2]) übernommene Fassung des Gesetzes nicht, die dem Empfänger eine Verpflichtung zur ausdrücklichen Beantwortung des Vertragsantrages auferlegt[3]).

Ein ähnlicher Widerspruch zwischen Absicht und Ausdruck liegt im § 123 der Novelle vor, demzufolge der andere Teil den Vertrag nicht nur, wie bisher[4]), dann nicht zu halten verbunden ist, wenn er durch ungerechte und gegründete Furcht, sondern auch, wenn er durch Arglist dazu veranlaßt worden ist. Denn damit soll die Anfechtung wegen Arglist auch dann begründet werden, wenn der dadurch veranlaßte Irrtum auch bloß einen unwesentlichen Vertragsbestandteil betrifft[5]). Dieser Erfolg wird aber durch die vorliegende Fassung der Bestimmung nicht erreicht[6]). Denn wenn der Getäuschte durch die Täuschung über einen Nebenumstand zum Vertragsschlusse veranlaßt wurde, so kann das nur ein solcher Nebenumstand sein, den die Parteien „als vorzügliche Absicht erklärt haben“, in welchem Falle die Anfechtung schon nach geltendem Rechte[7]) begründet ist.

[1]) S. 123.

[2]) Art. 5, Abs. 3, des schweizerischen Obligationenrechtes, beziehungsweise Art. 1021 des noch nicht Gesetz gewordenen Ergänzungsentwurfes vom 3. März 1905.

[3]) Die mißlichen Folgen dieses Standpunktes zeigt Wellspacher a. a. O., S. 9, an dem Beispiele, daß A. dem B. ohne Bestellung eine Ware samt Rechnung übersendet, die B. für sich verwendet oder veräußert, um dann trotzdem noch in angemessener Frist die Ablehnung des Kaufes zu erklären.

[4]) § 870 a. b. G. B., an dessen Stelle § 123 der Novelle treten soll.

[5]) Erläuternde Bemerkungen, S. 125.

[6]) Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 35 f.

[7]) § 872 a. b. G. B.

Ein anderer Fall, in dem es der Novelle nicht gelungen zu sein scheint, ihre eigentliche Absicht zum Ausdrucke zu bringen, oder in dem sie sich des Widerspruches, den sie tatsächlich begründet, nicht bewußt wird, begegnet beim Vertrage zugunsten eines Dritten. Während die Novelle[1]), dem deutschen Reichsrechte[2]) folgend, es als Auslegungsfrage behandelt, ob und wann der Dritte ein selbständiges Recht erwirbt, hält sie, von ihrem Vorbilde abweichend, die Norm des § 1019 a. b. G. B. aufrecht[3]), daß vorbehaltlich anderer Vereinbarungen im Falle des unmittelbaren Erwerbes das Recht des Dritten, Erfüllung zu fordern, ohne dessen Zustimmung nicht mehr aufgehoben oder geändert werden kann, sobald er vom Versprechenden oder vom Versprechensempfänger vom Vertrage benachrichtigt worden ist. Die erläuternden Bemerkungen[4]) scheinen nun zwar zu glauben, daß damit eine zweite allgemeine Norm für die Frage gegeben sei, in welchem Zeitpunkte der Dritte ein unmittelbares Recht erwerbe. Tatsächlich läßt aber eine vernünftige Auslegung der beiden Bestimmungen wohl keine andere Auffassung zu, als daß die zweite die Frage löst, ob das von dem Dritten unmittelbar erworbene Recht noch nachträglich aufgehoben werden kann[5]). Das unerfreuliche, weil überaus unzweckmäßige Ergebnis[6]) dieses Mißverständnisses ist, daß damit der unmittelbare Erwerb des Rechtes des Dritten und die Unentziehbarkeit dieses Rechtes, die Möglichkeit seiner Wiederaufhebung, an verschiedene Voraussetzungen geknüpft sind.

Die Novelle macht ferner wiederholt den Eindruck der Unvollständigkeit und Unfertigkeit. Diesen Eindruck empfängt man z. B.[7]) bei dem schon erwähnten Versuche der Novelle,

[1]) § 139, Abs. 2, Satz 1.

[2]) § 328, Abs. 2, deutsches B. G. B.

[3]) § 139, Abs. 3, der Novelle.

[4]) S. 134.

[5]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 16; Steinlechner, a. a. O., S. 32.

[6]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 16 f.

[7]) Schon Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, 1908, S. 65, hebt einige treffende Beispiele dieser Art hervor.

die Grundsätze der Irrtumslehre in einem neuen Paragraphen zusammenzufassen[1]). Bloß halbe Arbeit leistet auch § 130 der Novelle. Denn er trifft zwar die Anordnung, daß der Bürgschaftsvertrag nur gültig sein soll, wenn die Verpflichtungserklärung schriftlich abgegeben wird, über deren Zweckmäßigkeit man geteilter Ansicht sein kann[2]), unterläßt es aber, aus dem deutschen B. G. B.[3]) auch den anderen Satz herüber zu nehmen, daß der Mangel der Form geheilt wird, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt[4]). Wenn ferner bestimmt wird, daß als Erfüllungsort künftig im Zweifel der Wohnsitz oder die Geschäftsniederlassung des Schuldners zu gelten habe[5]), so weisen die erläuternden Bemerkungen der Novelle[6]) mit Recht darauf hin, daß damit die Regel des § 1420 a. b. G. B., wonach der Schuldner Zahlungen, die außer dem Falle eines Vertrages zu leisten sind, nur am Orte seines Wohnsitzes abzuführen schuldig ist, auf vertragsmäßige Leistungen ausgedehnt ist. Dann wäre es aber wohl auch am Platze gewesen, diesen überflüssig gewordenen § 1420 außer Kraft zu setzen[7]). Sachlich ist es ferner gewiß zutreffend, da „die neue Vorschrift über die Fristenberechnung auf jene gesetzlichen Fristen nicht Anwendung finden" kann, die „nicht einen veränderlichen Zeitraum bezeichnen, sondern

---

1) Siehe oben S. 15, N. 2.

2) Vgl. z. B. dagegen Till, a. a. O., S. 29 f.

3) § 766, Satz 2.

4) Es soll zwar nicht geleugnet werden, daß mit § 1432 a. b. G. B. das Auslangen zu finden ist, wenn man anzunehmen geneigt ist, daß die Zahlung der Hauptschuld durch den Bürgen die Tilgung der Schuld ist, die aus Mangel der Förmlichkeit ungültig ist und nun durch Erfüllung geheilt wird. Allein es soll damit vielmehr etwas anderes angedeutet werden, daß nämlich die Regelung des Verhältnisses späterer Formvorschriften, wie namentlich des Notariatszwangsgesetzes, zu dieser Bestimmung des a. b. G. B. dringender wäre als die Belastung des Verkehres mit neuen Zwangsformen. Vgl. Mayr, Zur Frage der Revision, S. 25, N. 108.

5) § 136 der Novelle.

6) S. 131.

7) Vgl. Steinlechner, a. a. O., S. 23.

eine fest bestimmte Zahl von Tagen" im Auge haben[1]), diese Fristen nunmehr in der entsprechenden Zahl von Tagen auszudrücken[2]). Das hätte aber nicht bloß für die in den §§ 120, 138 und 163 a. b. G. B. bestimmten Fristen für die Wiederverehelichung der Witwe und für die Vermutung der ehelichen Geburt und der außerehelichen Vaterschaft, sondern zugleich auch für das Hofdekret vom 15. Juni 1835, J. G. S. Nr. 39, geschehen sollen, das die Vermutung der ehelichen Geburt für Kinder einer geschiedenen Ehegattin regelt[3]). Auch könnte man sich die Frage vorlegen, ob nicht auch die §§ 73, 156 und 599 a. b. G. B. einer ähnlichen Änderung bedürften. Jedenfalls ist aber klar, daß die vorliegende Fassung des § 137 der Novelle nur ein Provisorium sein kann, das durch entsprechende Änderung des Wortlautes der hier angeführten Paragraphen selbst ersetzt werden muß. Als ein letztes Beispiel unvollkommener Arbeit der Novelle sei endlich deren § 145 angeführt. Er gibt, wie bereits an anderer Stelle ausgeführt wurde, im Falle schuldhafter Unmöglichkeit der Erfüllung dem anderen Teile das Recht entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten. „Bei teilweiser Unmöglichkeit," sagt der zweite Satz der Bestimmung, „steht ihm das Recht des Rücktrittes zu, falls die Natur des Geschäftes oder der auch dem Leistungspflichtigen bekannte Zweck der Leistung entnehmen läßt, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat." Nach dem ganzen Zusammenhange kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß es sich hier um den Rücktritt vom ganzen Vertrage wegen teilweiser Unmöglichkeit handelt. Doch hätte es nicht geschadet, auch das nach dem Muster des deutschen B. G. B.[4]) ausdrücklich zu betonen. Fragen muß man sich aber, ob der

---

[1]) Erläuternde Bemerkungen, S. 132.

[2]) Das ist um so mehr zu begrüßen, als das Wort „Monat" schon bisher in diesen Fällen als unpassender Ausdruck für je 30 Tage empfunden wurde. Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, 1[4], § 142, lit. b.

[3]) Darauf macht schon Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, 1908, S. 66, aufmerksam.

[4]) § 325.

Verletzte nicht auch, wie nach deutschem Reichsrechte[1]), die Befugnis haben soll, bei teilweiser Unmöglichkeit unter den gegebenen Voraussetzungen Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen. Offenbar kann er wenigstens in gewissem Sinne auch das, da ja die Novelle ausdrücklich auch neben dem Rücktritt den Anspruch auf Schadenersatz zuläßt[2]). Immerhin wäre es wünschenswert gewesen, diese Zweifel durch eine vollständigere Ausdrucksweise zu vermeiden.

Ein anderer Fehler der Novelle ist es, daß sie das, was sie will, nicht deutlich erkennen läßt, wichtige Neuerungen in das Gewand unscheinbarer Nebenbemerkungen kleidet. So ist die wichtige Frage, welche Wirkung es haben soll, wenn der Erklärende eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte, wenn die Erklärung durch das Vermittlungsorgan verändert wurde, nur nebenbei und noch dazu in so unklarer Form geregelt[3]), daß man ihren Sinn erst mit Hilfe der erläuternden Bemerkungen[4]) zu ergründen vermag. Denn wer den Satz liest: „War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärung in einem wesentlichen Irrtum befangen, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit", wird kaum sofort darin finden, was eben daraus entnommen wurde, ganz abgesehen davon, daß die Bestimmung in dieser Form auch über das Maß des Zweckmäßigen hinausgeht. Denn sie deckt auch Fälle, in denen irgend ein beliebiger Dritter die Erklärung fälscht, bevor sie dem anderen zugegangen ist[5]).

---

[1]) § 325 deutsches B. G. B.

[2]) § 147 der Novelle.

[3]) § 124 der Novelle.

[4]) S. 125.

[5]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 12, der sogar meint, daß die Bestimmung noch enger gefaßt werden müßte als der vorbildliche § 120 des deutschen B. G. B., dessen Wortlaut den Übersender der Erklärung dem Boten auf Gnade und Ungnade ausliefere. Gegen diese weite Auslegung allerdings z. B. Planck, Kommentar, 1³, § 120, S. 215 f.

Ein Erfordernis der Deutlichkeit ist es auch, daß jede gesetzliche Bestimmung klar zum Ausdruck bringt, ob sie zwingendes oder nicht zwingendes Recht schafft.

Auch in dieser Hinsicht läßt die Novelle bisweilen zu wünschen übrig. Das gilt z. B. von der Bestimmung[1]), daß ein Vertragsantrag vor Ablauf der Annahmefrist nicht zurückgenommen werden kann. Das deutsche B. G. B.[2]) fügt ausdrücklich bei: „es sei denn, daß er (der Antragsteller) die Gebundenheit ausgeschlossen hat." Die Novelle verzichtet auf diesen oder einen ähnlichen Zusatz und gibt damit dem Zweifel Raum, ob die Norm zwingenden oder doch auch nur dispositiven Charakter haben soll. Ebenso konnte man schon nach geltendem Rechte zweifeln, ob der Satz, daß die Parteien, die sich ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet haben, vor der Unterschrift nicht gebunden sind, unbedingte Geltung beanspruche oder nur zur Anwendung komme, wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt. Die Novelle[3]) hat nun zwar, wie bereits bemerkt, was bisher nur von der Schriftlichkeit ausgesprochen war, für jede Form bestimmt, gerade diesen Zweifel aber unentschieden gelassen[4]). Ferner unterläßt es die Novelle, im Gegensatze zu der vorbildlichen Bestimmung des deutschen Reichsrechtes, ausdrücklich auszusprechen, daß das Klagerecht des Versprechensempfängers aus einem Vertrage zugunsten eines Dritten neben dem des Dritten selbst nur dispositiver Natur ist[5]).

Endlich soll jede gesetzliche Bestimmung aus sich selbst heraus verständlich sein. Das ist sie nicht, wenn sie gleich einem mystischen Testamente auf andere Bestimmungen verweist, mit deren Hilfe erst ihr eigentlicher Sinn ergründet werden kann. Auch von diesem Mangel, der namentlich den

---

[1]) § 119, Abs. 1, Satz 2, der Novelle.

[2]) § 145.

[3]) § 131.

[4]) Siehe oben S. 14, N. 3.

[5]) Vgl. § 139, Abs. 2, Satz 3, der Novelle mit § 335 deutsches B. G. B.

ersten Entwurf des deutschen B. G. B. in Verruf brachte, hat sich die Novelle nicht völlig frei erhalten. Muster dieser Art sind § 69[1]) und der auch sachlich unzutreffende[2]) § 196 der Novelle.

[1]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 5, N. 1.

[2]) Vgl. Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, 1908, S. 66.

VI. Der Inhalt der Novelle.

Form und Inhalt des Gesetzes lassen sich nicht scharf voneinander trennen. Die Form wirkt notwendig auf den Inhalt zurück. Darum mußte schon bisher auch der Inhalt mancher Bestimmung näher in Betracht gezogen werden. Darum mußte sich schon bisher auch der Inhalt der Novelle manche ungünstige Bemerkung gefallen lassen. Nunmehr handelt es sich jedoch darum, den rechtlichen Gehalt der Novelle als solchen, ihre legislatorpolitischen Tendenzen und die Art ihrer Verwirklichung näher ins Auge zu fassen. Auch das soll nicht in erschöpfender Weise geschehen. Vielmehr soll [illegible] vornehmlich in den obligationenrechtlichen Bestimmungen der Novelle [illegible] zu zeigen versucht werden, was die Novelle in dieser Hinsicht leistet. Das empfiehlt sich hier um so mehr, als gerade für die Reformierung des Obligationenrechtes gewisse allgemeine Gesichtspunkte unschwer nachzuweisen sind.

Es wurde zwar bereits der dankenswerte Versuch gemacht, die leitenden Grundgedanken der Novelle herauszuschälen[1]. Aber es wird sich kaum leugnen lassen, daß dabei wenigstens zum Teil mehr in den Entwurf hineingetragen als aus ihm herausgelesen werden mußte. Gerade für das Obligationenrecht liegen jedoch solche allgemeine Tendenzen klar zutage. Denn schwebte der Revisionskommission überhaupt die Absicht vor Augen, namentlich jene Partien des a. b. G. B. neu zu bearbeiten, die „infolge der seit seinem Zustandekommen einge-

1. [illegible], Die Reform des [illegible] Privatrechts, 1908, S. 4 f.

tretenen Umwälzungen in den wirtschaftlichen, sozialen und Verkehrsverhältnissen völlig veraltet" sind[1]), so war für die Revision des Obligationsrechtes insbesondere eingestandenermaßen die Erwägung Richtung gebend, „daß die allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen des b. G. B. durch die Entwicklung der Verkehrsverhältnisse zum großen Teile überholt sind und das geltende Recht gerade hier äußerst empfindliche Lücken aufweist"[2]). Mit einem Worte steht der obligationenrechtliche Teil der Novelle demnach unter dem Zeichen des Verkehres[3]).

* * *

Wie nicht anders zu erwarten, mußte diese Hervorkehrung des verkehrsrechtlichen Standpunktes zu einer starken Annäherung an das Handelsrecht führen, so daß man geradezu von einer Rezeption des Handelsrechtes durch die Novelle sprechen könnte[4]). Nicht anders vollzog sich ja auch die Entwicklung im deutschen Reiche, wo bürgerliches und Handelsrecht zum Teile sogar miteinander verschmolzen wurden, insofern gewisse Fragen, die bisher im Handelsgesetzbuche selbständig geregelt waren, in das bürgerliche Gesetzbuch übernommen und darum fürderhin für das Handelsgesetzbuch entbehrlich erachtet wurden[5]). In der Tat mag denn auch der Gegensatz von Land- und Verkehrsrecht, von ius civile und ius gentium, der ja zum Teil auch in der Unterscheidung von bürgerlichem und Handelsrecht zum Ausdruck kommt, bis zu einem gewissen Grade zwar noch heute fortwirken[6]). Insofern könnte man es der Novelle zum Verdienste anrechnen, daß sie es ungeachtet der versuchten

---

[1]) Vgl. Erläuternde Bemerkungen, S. 58.

[2]) Vgl. Erläuternde Bemerkungen, S. 60.

[3]) Vgl. Bartsch, a. a. O., S. 9.

[4]) Vgl. Bartsch, a. a. O., S. 9.

[5]) Entbehrlich deshalb, weil ja nach dem Handelsgesetzbuche auch in seiner neuen Gestalt die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches subsidiäre Geltung behaupten. Art. 2 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897.

[6]) Vgl. zu diesem Gegensatze die schönen Ausführungen Sohms, Kultur der Gegenwart, 2, 8, S. 2, 3.

„Rückkehr zur Einheit des Verkehrsrechtes“ verstanden hat, die charakteristischen Eigentümlichkeiten des österreichischen Schuldrechtes zu wahren [1]). Allein auf der anderen Seite ist doch gerade das Obligationenrecht heute vorwiegend Verkehrsrecht und darum seiner wirtschaftlichen Tendenz nach fast in schärferem Gegensatze zum Sachenrecht, das vornehmlich agrarrechtliche Struktur aufweist [2]), als zum Handelsrechte [3]). Mögen wir ferner auch von der Idee eines Weltrechtes [4]) noch sehr weit entfernt sein, so ist doch gewiß das Obligationenrecht in erster Linie berufen, den Weg zu diesem erstrebenswerten [5]) Ziele zu weisen, und darum die Rechtseinheit auf diesem Gebiete vor allem nicht unnötig zu hemmen. Es mag daher vielleicht zwar noch nicht der Zeitpunkt gekommen sein, um das Handelsrecht völlig im bürgerlichen Rechte aufgehen zu lassen [6]). Wohl aber scheint kein Bedürfnis mehr vorhanden zu sein, die dem bürgerlichen und dem Handelsverkehre gemeinsamen Erscheinungen nach verschiedenen Grundsätzen zu behandeln. Eine Betrachtung der aus dem Handelsrechte übernommenen Bestimmungen der Novelle im einzelnen zeigt denn auch nur die Überflüssigkeit eines solchen Rechtsdualismus.

Aus dem Handelsrechte stammen außer den bereits erörterten, wörtlich übernommenen Auslegungsregeln die Bestimmungen über Vertragsschließung, über Zeit und Ort der Leistung sowie über Nichterfüllung entgeltlicher Verträge. Diese Be-

---

[1]) Das rühmt namentlich Bartsch, a. a. O., S. 9.

[2]) Vgl. zu diesem Gegensatze Sohm, a. a. O., S. 16.

[3]) Besonders deutlich tritt dieses Verhältnis in der schweizerischen Gesetzgebung zutage, die zuerst ein das Handels- und Wechselrecht mitumfassendes Obligationenrecht und erst jüngst ein die übrigen Materien des bürgerlichen Rechtes regelndes Zivilgesetzbuch schuf.

[4]) Auf die meines Wissens zuerst Zitelmann in einem geistreichen Wiener Vortrage hingewiesen hat.

[5]) Unbeschadet der Tatsache, daß „die Verschiedenheit der inneren und äußeren Verhältnisse“ gewisse Partikularismen stets notwendig machen wird. Vgl. Zeiller, Jährlicher Beitrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten, 1, 1806, S. 10 f., und Mayr, Zur Frage der Revision, 1906, S. 3, N. 2.

[6]) Vgl. Mayr, Zur Frage der Revision, S. 25, N. 106.

stimmungen sind nicht wörtlich übernommen, sondern auch durch die Neugestaltung dieser Materien im deutschen Reichsrechte erheblich beeinflußt, haben dagegen mit dem bisherigen bürgerlichen Rechte so viel wie gar nichts gemein. Eine konservative Tendenz ließe sich daher nur insofern behaupten, als das Handelsrecht auf diesem Gebiete auch in Hinkunft unverändert bleiben soll. Ob das zweckmäßig ist, kann wohl mit Fug bezweifelt werden[1]). Viel richtiger erkannte man im Reiche, daß mit einer „Revision" des bürgerlichen Verkehrsrechtes auch eine solche des Handelsrechtes Hand in Hand gehen müsse[2]).

Die Bestimmungen über Vertragsschließung[3]) enthalten sachlich gegenüber dem Handelsrechte nur zwei Neuerungen, die ausdrückliche Gleichstellung der telephonischen Verhandlung von Person zu Person mit der unter Anwesenden und die allgemeine Verpflichtung zur Ablehnung eines Antrages, wenn eine Annahmeerklärung nach der Natur des Geschäftes oder der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder wenn vom Antragsteller darauf verzichtet wurde[4]). Die telephonische Verhandlung spielt wohl unfraglich im Handelsverkehre keine geringere Rolle als im bürgerlichen Verkehre. Die neue Norm des bürgerlichen Rechtes wäre daher für das Handelsrecht ebenso Bedürfnis wie für das bürgerliche Recht und wird natürlich dort auch subsidiär Anwendung finden müssen. Die

---

[1]) Denn soweit es sich um Ergänzungen gegenüber dem Handelsgesetzbuche handelt, werden diese neuen Normen dank der subsidiären Geltung des B. G. B. (Art. 1 des H. G. B.) ohnedies auch in Handelssachen zur Anwendung kommen. Sachliche Widersprüche zwischen dem Handelsgesetzbuche und der Novelle sind aber wenigstens nicht beabsichtigt.

[2]) Demgemäß ließ man die betreffenden ins bürgerliche Recht übergegangenen Normen, wie bereits bemerkt, im neuen H. G. B. fallen.

[3]) §§ 119, 120 der Novelle.

[4]) Von dem bisherigen bürgerlichen Rechte unterscheiden sie sich außer durch diese beiden Punkte auch dadurch, daß die bisher zeitlich bestimmte Frist für die Verhandlung zwischen Abwesenden durch eine „Ermessens" frist ersetzt ist. Dagegen ist natürlich gar nichts einzuwenden. Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 35; Steinlechner, a. a. O., S. 27, N. 1.

andere Neuerung ist, wie bereits zu zeigen versucht wurde[1], nichts anderes als die mißverstandene Verallgemeinerung einer handelsrechtlichen Norm[2], so daß die Novelle hier, wo gerade eine Besonderheit für das Handelsrecht und nur für dieses und nur in dem dort bezeichneten engen Kreise berechtigt ist, unzweckmäßigerweise für den bürgerlichen Verkehr über diesen Rahmen hinausgeht.

Die übrigen Unterschiede zwischen den Bestimmungen der Novelle und denen des Handelsgesetzbuches sind nur formeller Natur und nicht zum Vorteil der Novelle. Denn es verdient ja z. B. zunächst gewiß Anerkennung, daß die Novelle den durch den bisherigen Wortlaut des a. b. G. B. angeregten Streit, ob die Äußerungs-, Vernehmungs- oder Empfangstheorie gelten soll, ausdrücklich entscheidet, indem sie bestimmt[3], die Annahmeerklärung gelte als rechtzeitig, wenn sie innerhalb der Annahmefrist dem Antragsteller zugekommen ist. Aber sie tut damit des Guten zu viel, da über ihren Standpunkt kein Zweifel mehr bestehen kann, nachdem sie einmal gesagt hat[4], die Antwort müsse innerhalb der vorgeschriebenen Frist bei dem Antragsteller eingetroffen sein. Der Streit hatte mit anderen Worten eine Berechtigung nur, solange das Gesetzbuch[5]) sich der zweideutigen Wendung bediente, die Annahme müsse dem versprechenden Teile „bekannt gemacht werden", er war dagegen schon damit entschieden, daß die Novelle das „Eintreffen" der Antwort forderte. In der Tat begnügen sich denn auch das H. G. B.[6]) und das deutsche B. G. B.[7]) damit, von dem „Eingang" der Antwort zu sprechen, ohne daß die Bedeutung dieser Wendung zweifelhaft wäre. Es zeigt sich demnach, daß in der Tat weder die Absicht, charakteristische Eigentümlichkeiten des österreichischen Schuldrechtes zu wahren, noch die besondere

[1]) Siehe oben S. 42, N. 2.
[2]) Art. 323 H. G. B.
[3]) § 120, Satz 1.
[4]) § 119, Abs. 1, Satz 1.
[5]) § 862 a. b. G. B.
[6]) Art. 319, 320 (ohne daß Art. 321 daran etwas ändert).
[7]) § 147.

Natur des Handelsverkehres es verlangen würden, in den von der Novelle getroffenen Bestimmungen einen Rechtsdualismus aufrecht zu halten.[1])

Nicht viel anders steht es mit den Bestimmungen über Zeit und Ort der Leistung.[2]) Auch hier unterliegt es keinem Zweifel, daß die heutigen Verkehrsanschauungen den betreffenden Bestimmungen des Handels- und Wechselrechtes erheblich näher stehen als denen des bürgerlichen Rechtes[3]). Die Novelle schließt sich denn auch unter Aufgabe des bisherigen Standpunktes des bürgerlichen Rechtes im wesentlichen dem H. G. B. an. Eine Vergleichung der Novelle mit dem H. G. B. zeigt, abgesehen von dem alsbald zu erörternden Umstande, daß das H. G. B. nur vertragsmäßige[4]), die Novelle vertragliche und gesetzliche Fristen im Auge hat[5]), keinerlei sachliche Unterschiede[6]).

---

[1]) Daß selbst der vorerwähnte Art. 323 H. G. B. und der in § 119, Abs. 2, der Novelle ausgesprochene Gedanke für beide Gebiete einheitlich und zweckmäßig zu fassen wären, zeigt § 151 deutsches B. G. B.

[2]) § 134 bis 138 der Novelle.

[3]) Vgl. Erläuternde Bemerkungen, S. 130 f.

[4]) Art. 326 H. G. B.

[5]) § 134, Abs. 1, der Novelle.

[6]) § 134, Z. 1 und 2, der Novelle = Art. 328, Z. 1 und 2, des H. G. B.; § 135, Satz 1, der Novelle = § 903 a. b. G. B. (Art. 330, Abs. 1, 332, 334 H. G. B.); Satz 2 = Art. 329, 330, Abs. 2, H. G. B.; § 136 der Novelle = Art. 324 und 325 H. G. B. In der Novelle fehlen Art. 325, Abs. 3, H. G. B., weil er sich von selbst verstehe (Erläuternde Bemerkungen, S. 132), Art. 326, 327, 328, Abs. 2; 331 (Börsengeschäfte) und 333 wohl ebenfalls nur aus diesem Grunde. Ein sachlicher Unterschied könnte nur zwischen § 136, Abs. 2, der Novelle und Art. 325, Abs. 1, des H. G. B. gefunden werden. Die Novelle verpflichtet den Schuldner zur Erfüllung von Geldzahlungen am derzeitigen Wohnsitze des Gläubigers, bürdet aber dem Gläubiger die Erhöhung der Gefahr und Kosten auf, die durch einen Wechsel seines Wohnsitzes in der Zeit zwischen Abschluß und Erfüllung des Vertrages veranlaßt sind. Das H. G. B. verpflichtet den Schuldner in solchem Falle einfach zur Zahlung an dem Wohnsitze des Gläubigers, den er zur Zeit der Entstehung seiner Forderung inne hatte. Wer näher zusieht, wird jedoch unschwer bemerken, daß es sich kaum um mehr als um eine verschiedene Ausdrucksweise handelt, daß aber jedenfalls kein

Man kann daher mit Recht fragen, warum die Novelle nur eklektisch vorging, statt den einzig richtigen Weg einer „Rezeption in complexu" zu wählen, der Rechtsstudium und Rechtsschöpfung wieder einmal von dem unnötigen Ballast der Rechtszweiheit befreit hätte. Solche Rechtszweiheit wäre nur insofern gerechtfertigt, als vertragsmäßige und gesetzliche Fristen eine verschiedene Behandlung erfordern[1]). Das ist nun in der Tat der Fall, insofern es sich um Fristen handelt, deren Dauer nicht von dem zufälligen Anfangstermin abhängig sein soll, die nicht nach dem Kalender berechnet werden sollen. Das kann aber wiederum nicht bloß bei gesetzlichen, sondern auch bei vertragsmäßigen Fristen beabsichtigt sein[2]).

Darum ist es zwar einerseits gerechtfertigt, wenn die Novelle im Gegensatze zum Handelsgesetzbuche für gewisse gesetzliche Fristen von unveränderlicher Dauer an Stelle der Kalenderberechnung die Berechnung nach einer bestimmten Zahl von Tagen festhält[3]). Darum hätte sich aber auch eine allgemeine Bestimmung des Inhaltes empfohlen, daß die bisherige Berechnungsart[4]) aufrecht bleibt, soweit es sich um gesetzliche oder um solche Fristen handelt, die nicht zusammenhängend zu verlaufen brauchen[5]), mit einem Worte um Fristen, auf die

---

Grund vorliegt, in dieser Richtung zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Rechte einen Unterschied zu machen.

[1]) Das betont namentlich Till, a. a. O., S. 32.

[2]) Darum stellt auch das deutsche B. G. B., das in dieser Hinsicht wiederum zugleich Geltung für das Handelsrecht beansprucht, zwar gemeinsame Auslegungsvorschriften für gesetzliche und vertragsmäßige Fristen auf (vgl. § 186 deutsches B. G. B.), sieht aber auch diesen Ausnahmsfall vor (§ 191).

[3]) § 137 der Novelle, siehe oben S. 46, N. 2.

[4]) § 902, Satz 2, a. b. G. B.: 24 Stunden für einen Tag, 30 Tage für einen Monat, 365 Tage für ein Jahr.

[5]) Die Motive zum ersten Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich, 1, S. 286, führen als Beispiele an: Die Zusicherung eines dreimonatlichen, aber nicht auf einmal zu nehmenden Urlaubes an einen Schauspieler, die Anstellung eines Geschäftsreisenden mit der Klausel, daß er sich mindestens 9 Monate im Jahre auf Reisen befinden müsse, die Auflage, ein vermachtes Grundstück 6 Monate im Jahre zu bewohnen usw.

die Vorschriften für die kalendermäßige Fristberechnung nicht anwendbar sind [1]). Auch diese Vorschrift paßt aber natürlich ebenso gut für das Handels- wie für das bürgerliche Recht. Daher auch hier weg mit dem überflüssigen Dualismus.

Unter handelsrechtlichem Einflusse steht auch die Art und Weise, wie die Novelle die Nichterfüllung entgeltlicher Verträge regelt [2]), wenn sich auch hier ein scheinbarer und — um es gleich vorwegzunehmen — überflüssiger Selbständigkeitstrieb der Novelle in noch erhöhterem Maße bemerkbar macht. Es soll nicht gerade behauptet werden, daß das geltende Recht [3]) auch in dieser Frage allen Bedürfnissen gerecht zu werden vermag [4]) und daß daher eine Revision auch in diesem Punkte entbehrlich wäre [5]). Auch soll nicht geleugnet werden, daß vielleicht die Neuregelung, die das deutsche B. G. B. [6]) an Stelle der handelsrechtlichen Normen [7]) gesetzt hat, in mancher Hinsicht den Vorzug verdient. Hier handelt es sich allein darum, zu zeigen, daß es wiederum überflüssig war, an der zweifachen Regelung der Frage für das bürgerliche und für das Handelsrecht festzuhalten [8]).

Der wesentliche Unterschied des novellarischen gegenüber dem Handelsrechte ist der, daß die Novelle dem Berechtigten

---

[1]) Das war die ursprüngliche Fassung des § 190 deutsches B. G. B. (E I § 151), von der lediglich deshalb abgegangen wurde, weil man annahm, daß die neue Fassung deutlicher sei und daß die Hervorhebung des Hauptanwendungsfalles keineswegs ausschließe, die Bestimmung in anderen Fällen analog anzuwenden. Vgl. Protokolle der zweiten Lesung, 1, S. 189.

[2]) §§ 143 u. 144 der Novelle.

[3]) § 919 a. b. G. B.

[4]) Vgl. Mayr, Die Wirkungen der Nichterfüllung eines Vertrages nach österr. bgl. Rechte, Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1904, Nr. 35.

[5]) In diesem Sinne Till, a. a. O., S. 31.

[6]) §§ 323 bis 327.

[7]) Art. 354 bis 356, 358, 359.

[8]) Ein Sonderrecht für Handelssachen wäre allenfalls nur für den Verzug des Käufers in der ihm obliegenden Spezifikationspflicht und für den Verzug beim kaufmännischen Fixgeschäfte notwendig. Vgl. §§ 375, 376 deutsches Handelsgesetzbuch.

im Falle des Verzuges[1]) des Leistungspflichtigen nur zwei Rechte, Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung zu begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Nachfrist den Rücktritt vom Vertrage anzukündigen, nicht auch „statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung" gewährt und daß der Fall des Verzuges mit Teilleistungen besonders eingehend erörtert ist.

Der Unterschied, daß das Handelsrecht drei, die Novelle nur zwei Rechte zur Wahl stellt, besteht nun aber in gewissem Sinne nur zum Scheine[2]). Denn die Novelle erklärt anderseits[3]), daß der Rücktritt den Anspruch auf Ersatz des durch verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens unberührt läßt. Der Berechtigte kann daher nicht bloß einfach zurücktreten, sondern auch zugleich mit dem Rücktritte Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehren. Allerdings wird aber, da der zur Leistung Verpflichtete im Falle des Rücktrittes des anderen Teiles das bereits empfangene Entgelt zurückstellen oder vergüten muß[4]), dieser Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung stets die Gestalt eines sogenannten Differenzanspruches annehmen. Daher besteht trotzdem ein Unterschied zwischen Handelsgesetzbuch und Novelle, wenn man geneigt ist, für das Handelsrecht anzunehmen, daß trotz Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung die Verpflichtung des Ersatzberechtigten zur Gegenleistung aufrecht bleibt[5]). Erwägt man jedoch, daß einerseits die programmatische Kumulierung von Rücktritt und Schadenersatz weder dem Interesse des Gläubigers noch dem Wesen des gegenseitigen Vertrages ent-

[1]) Der in demselben Titel geregelte Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung wird aus anderem Gesichtspunkte in anderem Zusammenhange zu erörtern sein.

[2]) Vgl. Mitteis, Der Entwurf einer Novelle zum a. b. G. B., 1908, S. 24.

[3]) § 147, Abs. 2.

[4]) § 147, Abs. 1, der Novelle.

[5]) Vgl. Mayr, Gutachten über die Frage: Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages, Verhandlungen des 27. deutschen Juristentages, 2, S. 172 f.

spricht[1]), und daß anderseits beide Formen des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung im großen und ganzen zu demselben praktischen Ergebnisse führen[2]), so leuchtet wohl von selbst ein, daß es dem Grundsatze der Gesetzesökonomie widerspricht, ein und dieselbe Frage hier und dort verschieden zu regeln und scheinbar ein feines Räderwerk der Gesetzgebungsmaschine in Bewegung zu setzen, dessen Tätigkeit sich bei näherer Betrachtung als ein nutzloses Leerlaufen erweist.

Auch der Sukzessivlieferungsvertrag hat bereits im Handelsgesetzbuche seine Regelung gefunden, die jedoch der Novelle nicht zu genügen scheint. Das Handelsgesetzbuch begnügt sich mit der Bestimmung[3]), daß der Rücktritt vom Vertrage „nur in betreff des von dem anderen Kontrahenten nicht erfüllten Teiles des Vertrages erfolgen" kann, wenn sich „aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Kontrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes ergibt, daß die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten teilbar ist". Die erheblich umständlichere Fassung der Novelle[4]) unterscheidet sich davon sachlich nur in zwei Punkten: Sie betont, daß der Rücktritt im Zweifel nur „betreffs der einzelnen Teilleistung, mit welcher der Leistungspflichtige im Verzuge ist", gilt, daß er aber durch ausdrückliche Erklärung auch auf die gesamten Restleistungen erstreckt werden kann, und sie unterstellt den Fall, daß „bei Verzug mit einer einzelnen Teilleistung die übrigen Leistungen für den Empfänger kein Interesse haben", ausdrücklich den Grundsätzen des Fixgeschäftes. Nun konnte es aber mit Rücksicht auf die dispositive Natur des Rücktrittsrechtes schon nach geltendem Handelsrechte nicht zweifelhaft sein, daß der Rücktrittsberechtigte nach seinem Ermessen vom

[1]) Dem Interesse des Gläubigers nicht, wenn dieser eher geneigt wäre, seine Leistung loszuschlagen; dem Wesen des gegenseitigen Vertrages nicht, weil dadurch eine ungleiche Behandlung der beiden Parteien herbeigeführt wird. Vgl. Mayr, a. a. O., S. 200.

[2]) Vgl. Mayr, a. a. O., S. 197 f.

[3]) Artikel 359.

[4]) § 144.

ganzen Restvertrage oder auch nur von der jeweils versäumten Teilleistung zurücktreten könne, und es ist wohl lediglich Geschmacksfrage, ob man verlangt, daß er das Eine oder das Andere ausdrücklich erklären müsse. Ebensowenig unterlag es einem Zweifel, daß die Erklärung, auf Erfüllung bestehen zu wollen, wenn bei einem Fixgeschäfte in mehreren Lieferfristen zu leisten ist, sofort nach Versäumnis der ersten Lieferfrist abgegeben werden muß[1]).

Tatsächlich würde daher unter der Herrschaft der Novelle trotz der verschiedenen Fassung kaum ein merklicher Unterschied zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Rechte bestehen. Demnach würde es sich auch hier empfehlen, das durch die Vereinheitlichung der Rechtssatzung zum Ausdruck zu bringen, statt die Konstatierung dieser Tatsache von dem schwankenden Ergebnisse der Rechtsprechung abhängig zu machen.

Wie wenig für dieses Festhalten der Novelle an einem überflüssigen Rechtsdualismus das Bestreben maßgebend war, die charakteristischen Eigentümlichkeiten des a. b. G. B. zu wahren, zeigt gerade die unzweckmäßige Übernahme gewisser, aus anderem Gesichtspunkte bereits in Betracht gezogener Auslegungsregeln des Handelsgesetzbuches in das bürgerliche Recht[2]). Denn eine mißverständliche Auffassung dieser Regeln wäre gerade dazu angetan, eine der Grundlagen unseres a. b. G. B., die Erklärungs- oder Vertrauenstheorie zu erschüttern[3]).

* * *

Umgekehrt hat freilich auch der „pietätvoll-konservative" Sinn der Novelle[4]) diese zu manchem Mißgriff verleitet. Es genügt auf das zuvor in anderem Zusammenhange erwähnte Beispiel aus der Lehre von den Verträgen zugunsten eines

---

[1]) Vgl. Adler-Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuch, 1402.

[2]) Siehe oben S. 10, N. 4.

[3]) Siehe oben S. 12, N. 2.

[4]) Den hier Bartsch, a. a. O., S. 25, rühmend hervorhebt.

Dritten, auf die unzweckmäßige Aufrechthaltung und Verallgemeinerung des § 1019 a. b. G. B. zu verweisen[1]).

Gegen den Grundsatz, am Bestande des heutigen bürgerlichen Rechtes nicht zu rühren und die Vorteile eines sicheren und eingelebten Rechtes nicht in Frage zu stellen, den sich die Novelle, der Mahnung Ungers folgend, zur Richtschnur nehmen wollte[2]), verstößt die Novelle überdies in zweifacher Richtung. Sie trifft Bestimmungen, die sich in das geltende Recht nur schwer oder gar nicht einfügen, in das bürgerliche Gesetzbuch Widerspruch hineintragen, und sie schafft Neuerungen, die in unserem bürgerlichen Gesetzbuche geradezu als Fremdkörper wirken müßten.

Nicht genügend klargestellt ist z. B.[3]) durch die Novelle das Verhältnis der neuen Bestimmung über die Haftung für fremdes Verschulden zu dem bisher geltenden und auch künftig in Kraft bleibenden Recht[4]).

Dasselbe gilt von dem aus dem deutschen Reichsrechte[5]) entlehnten allgemeinen Wucherverbote[6]). Auf die Frage der Zweckmäßigkeit dieser Norm soll nicht näher eingegangen werden, nachdem bereits von anderer Seite betont worden ist, daß der Erfolg dieser Bestimmung ganz in die Hände der Judikatur gelegt ist[7]) und daß sie, zumal hier nicht der Vertragsinhalt, das Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, sondern ein subjektives Moment, die Ausbeutungsabsicht, über Sein oder Nichtsein des Vertrages entscheidet[8]), in alle entgeltlichen

---

[1]) Siehe oben S. 44, N. 3.

[2]) Vgl. Erläuternde Bemerkungen, S. 57.

[3]) Eine Reihe anderer Beispiele bei Krasnopolski, a. a. O., S. 13ff. Hier ist auch § 15, Z. 1, der Novelle zu erwähnen, der von der Bestellung eines Mitvormundes durch letztwillige Verfügung spricht, während nach geltendem Rechte (§ 196 a. b. G. B.) die Berufung zur Vormundschaft nicht wesentlich in einem Testament erfolgen muß. Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, 2[4], § 467, N. 2.

[4]) Siehe oben S. 37, N. 1 bis 3.

[5]) § 138, Abs. 2, deutsches B. G. B.

[6]) § 128, Z. 4, der Novelle.

[7]) Bartsch, a. a. O., S. 23.

[8]) Wellspacher, a. a. O., S. 14.

andere Neuerung ist, wie bereits zu zeigen versucht wurde[1]), nichts anderes als die mißverstandene Verallgemeinerung einer handelsrechtlichen Norm[2]), so daß die Novelle hier, wo gerade eine Besonderheit für das Handelsrecht und nur für dieses und nur in dem dort bezeichneten engen Kreise berechtigt ist, unzweckmäßigerweise für den bürgerlichen Verkehr über diesen Rahmen hinausgeht.

Die übrigen Unterschiede zwischen den Bestimmungen der Novelle und denen des Handelsgesetzbuches sind nur formeller Natur und nicht zum Vorteil der Novelle. Denn es verdient ja z. B. zunächst gewiß Anerkennung, daß die Novelle den durch den bisherigen Wortlaut des a. b. G. B. angeregten Streit, ob die Äußerungs-, Vernehmungs- oder Empfangstheorie gelten soll, ausdrücklich entscheidet, indem sie bestimmt[3]), die Annahmeerklärung gelte als rechtzeitig, wenn sie innerhalb der Annahmefrist dem Antragsteller zugekommen ist. Aber sie tut damit des Guten zu viel, da über ihren Standpunkt kein Zweifel mehr bestehen kann, nachdem sie einmal gesagt hat[4]), die Antwort müsse innerhalb der vorgeschriebenen Frist bei dem Antragsteller eingetroffen sein. Der Streit hatte mit anderen Worten eine Berechtigung nur, solange das Gesetzbuch[5]) sich der zweideutigen Wendung bediente, die Annahme müsse dem versprechenden Teile „bekannt gemacht werden", er war dagegen schon damit entschieden, daß die Novelle das „Eintreffen" der Antwort forderte. In der Tat begnügen sich denn auch das H. G. B.[6]) und das deutsche B. G. B.[7]) damit, von dem „Eingang" der Antwort zu sprechen, ohne daß die Bedeutung dieser Wendung zweifelhaft wäre. Es zeigt sich demnach, daß in der Tat weder die Absicht, charakteristische Eigentümlichkeiten des österreichischen Schuldrechtes zu wahren, noch die besondere

[1]) Siehe oben S. 42, N. 2.
[2]) Art. 323 H. G. B.
[3]) § 120, Satz 1.
[4]) § 119, Abs. 1, Satz 1.
[5]) § 862 a. b. G. B.
[6]) Art. 319, 320 (ohne daß Art. 321 daran etwas ändert).
[7]) § 147.

Natur des Handelsverkehres es verlangen würden, in den von der Novelle getroffenen Bestimmungen einen Rechtsdualismus aufrecht zu halten.[1])

Nicht viel anders steht es mit den Bestimmungen über Zeit und Ort der Leistung.[2]) Auch hier unterliegt es keinem Zweifel, daß die heutigen Verkehrsanschauungen den betreffenden Bestimmungen des Handels- und Wechselrechtes erheblich näher stehen als denen des bürgerlichen Rechtes[3]). Die Novelle schließt sich denn auch unter Aufgabe des bisherigen Standpunktes des bürgerlichen Rechtes im wesentlichen dem H. G. B. an. Eine Vergleichung der Novelle mit dem H. G. B. zeigt, abgesehen von dem alsbald zu erörternden Umstande, daß das H. G. B. nur vertragsmäßige[4]), die Novelle vertragliche und gesetzliche Fristen im Auge hat[5]), keinerlei sachliche Unterschiede[6]).

---

[1]) Daß selbst der vorerwähnte Art. 323 H. G. B. und der in § 119, Abs. 2, der Novelle ausgesprochene Gedanke für beide Gebiete einheitlich und zweckmäßig zu fassen wären, zeigt § 151 deutsches B. G. B.

[2]) § 134 bis 138 der Novelle.

[3]) Vgl. Erläuternde Bemerkungen, S. 130 f.

[4]) Art. 326 H. G. B.

[5]) § 134, Abs. 1, der Novelle.

[6]) § 134, Z. 1 und 2, der Novelle = Art. 328, Z. 1 und 2, des H. G. B.; § 135, Satz 1, der Novelle = § 903 a. b. G. B. (Art. 330, Abs. 1, 332, 334 H. G. B.); Satz 2 = Art. 329, 330, Abs. 2, H. G. B.; § 136 der Novelle = Art. 324 und 325 H. G. B. In der Novelle fehlen Art. 325, Abs. 3, H. G. B., weil er sich von selbst verstehe (Erläuternde Bemerkungen, S. 132), Art. 326, 327, 328, Abs. 2; 331 (Börsengeschäfte) und 333 wohl ebenfalls nur aus diesem Grunde. Ein sachlicher Unterschied könnte nur zwischen § 136, Abs. 2, der Novelle und Art. 325, Abs. 1, des H. G. B. gefunden werden. Die Novelle verpflichtet den Schuldner zur Erfüllung von Geldzahlungen am derzeitigen Wohnsitze des Gläubigers, bürdet aber dem Gläubiger die Erhöhung der Gefahr und Kosten auf, die durch einen Wechsel seines Wohnsitzes in der Zeit zwischen Abschluß und Erfüllung des Vertrages veranlaßt sind. Das H. G. B. verpflichtet den Schuldner in solchem Falle einfach zur Zahlung an dem Wohnsitze des Gläubigers, den er zur Zeit der Entstehung seiner Forderung inne hatte. Wer näher zusieht, wird jedoch unschwer bemerken, daß es sich kaum um mehr als um eine verschiedene Ausdrucksweise handelt, daß aber jedenfalls kein

Man kann daher mit Recht fragen, warum die Novelle nur eklektisch vorging, statt den einzig richtigen Weg einer „Rezeption in complexu" zu wählen, der Rechtsstudium und Rechtsschöpfung wieder einmal von dem unnötigen Ballast der Rechtszweiheit befreit hätte. Solche Rechtszweiheit wäre nur insofern gerechtfertigt, als vertragsmäßige und gesetzliche Fristen eine verschiedene Behandlung erfordern[1]). Das ist nun in der Tat der Fall, insofern es sich um Fristen handelt, deren Dauer nicht von dem zufälligen Anfangstermin abhängig sein soll, die nicht nach dem Kalender berechnet werden sollen. Das kann aber wiederum nicht bloß bei gesetzlichen, sondern auch bei vertragsmäßigen Fristen beabsichtigt sein[2]).

Darum ist es zwar einerseits gerechtfertigt, wenn die Novelle im Gegensatze zum Handelsgesetzbuche für gewisse gesetzliche Fristen von unveränderlicher Dauer an Stelle der Kalenderberechnung die Berechnung nach einer bestimmten Zahl von Tagen festhält[3]). Darum hätte sich aber auch eine allgemeine Bestimmung des Inhaltes empfohlen, daß die bisherige Berechnungsart[4]) aufrecht bleibt, soweit es sich um gesetzliche oder um solche Fristen handelt, die nicht zusammenhängend zu verlaufen brauchen[5]), mit einem Worte um Fristen, auf die

---

Grund vorliegt, in dieser Richtung zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Rechte einen Unterschied zu machen.

[1]) Das betont namentlich Till, a. a. O., S. 32.

[2]) Darum stellt auch das deutsche B. G. B., das in dieser Hinsicht wiederum zugleich Geltung für das Handelsrecht beansprucht, zwar gemeinsame Auslegungsvorschriften für gesetzliche und vertragsmäßige Fristen auf (vgl. § 186 deutsches B. G. B.), sieht aber auch diesen Ausnahmsfall vor (§ 191).

[3]) § 137 der Novelle, siehe oben S. 46, N. 2.

[4]) § 902, Satz 2, a. b. G. B.: 24 Stunden für einen Tag, 30 Tage für einen Monat, 365 Tage für ein Jahr.

[5]) Die Motive zum ersten Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich, 1, S. 286, führen als Beispiele an: Die Zusicherung eines dreimonatlichen, aber nicht auf einmal zu nehmenden Urlaubes an einen Schauspieler, die Anstellung eines Geschäftsreisenden mit der Klausel, daß er sich mindestens 9 Monate im Jahre auf Reisen befinden müsse, die Auflage, ein vermachtes Grundstück 6 Monate im Jahre zu bewohnen usw.

die Vorschriften für die kalendermäßige Fristberechnung nicht anwendbar sind[1]). Auch diese Vorschrift paßt aber natürlich ebenso gut für das Handels- wie für das bürgerliche Recht. Daher auch hier weg mit dem überflüssigen Dualismus.

Unter handelsrechtlichem Einflusse steht auch die Art und Weise, wie die Novelle die Nichterfüllung entgeltlicher Verträge regelt[2]), wenn sich auch hier ein scheinbarer und — um es gleich vorwegzunehmen — überflüssiger Selbständigkeitstrieb der Novelle in noch erhöhterem Maße bemerkbar macht. Es soll nicht gerade behauptet werden, daß das geltende Recht[3]) auch in dieser Frage allen Bedürfnissen gerecht zu werden vermag[4]) und daß daher eine Revision auch in diesem Punkte entbehrlich wäre[5]). Auch soll nicht geleugnet werden, daß vielleicht die Neuregelung, die das deutsche B. G. B.[6]) an Stelle der handelsrechtlichen Normen[7]) gesetzt hat, in mancher Hinsicht den Vorzug verdient. Hier handelt es sich allein darum, zu zeigen, daß es wiederum überflüssig war, an der zweifachen Regelung der Frage für das bürgerliche und für das Handelsrecht festzuhalten[8]).

Der wesentliche Unterschied des novellarischen gegenüber dem Handelsrechte ist der, daß die Novelle dem Berechtigten

---

[1]) Das war die ursprüngliche Fassung des § 190 deutsches B. G. B. (E I § 151), von der lediglich deshalb abgegangen wurde, weil man annahm, daß die neue Fassung deutlicher sei und daß die Hervorhebung des Hauptanwendungsfalles keineswegs ausschließe, die Bestimmung in anderen Fällen analog anzuwenden. Vgl. Protokolle der zweiten Lesung, 1, S. 189.

[2]) §§ 143 u. 144 der Novelle.

[3]) § 919 a. b. G. B.

[4]) Vgl. Mayr, Die Wirkungen der Nichterfüllung eines Vertrages nach österr. bgl. Rechte, Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1904, Nr. 35.

[5]) In diesem Sinne Till, a. a. O., S. 31.

[6]) §§ 323 bis 327.

[7]) Art. 354 bis 356, 358, 359.

[8]) Ein Sonderrecht für Handelssachen wäre allenfalls nur für den Verzug des Käufers in der ihm obliegenden Spezifikationspflicht und für den Verzug beim kaufmännischen Fixgeschäfte notwendig. Vgl. §§ 375, 376 deutsches Handelsgesetzbuch.

im Falle des Verzuges[1]) des Leistungspflichtigen nur zwei Rechte, Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung zu begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Nachfrist den Rücktritt vom Vertrage anzukündigen, nicht auch „statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung" gewährt und daß der Fall des Verzuges mit Teilleistungen besonders eingehend erörtert ist.

Der Unterschied, daß das Handelsrecht drei, die Novelle nur zwei Rechte zur Wahl stellt, besteht nun aber in gewissem Sinne nur zum Scheine[2]). Denn die Novelle erklärt anderseits[3]), daß der Rücktritt den Anspruch auf Ersatz des durch verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens unberührt läßt. Der Berechtigte kann daher nicht bloß einfach zurücktreten, sondern auch zugleich mit dem Rücktritte Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehren. Allerdings wird aber, da der zur Leistung Verpflichtete im Falle des Rücktrittes des anderen Teiles das bereits empfangene Entgelt zurückstellen oder vergüten muß[4]), dieser Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung stets die Gestalt eines sogenannten Differenzanspruches annehmen. Daher besteht trotzdem ein Unterschied zwischen Handelsgesetzbuch und Novelle, wenn man geneigt ist, für das Handelsrecht anzunehmen, daß trotz Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung die Verpflichtung des Ersatzberechtigten zur Gegenleistung aufrecht bleibt[5]). Erwägt man jedoch, daß einerseits die programmatische Kumulierung von Rücktritt und Schadenersatz weder dem Interesse des Gläubigers noch dem Wesen des gegenseitigen Vertrages ent-

---

[1]) Der in demselben Titel geregelte Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung wird aus anderem Gesichtspunkte in anderem Zusammenhange zu erörtern sein.

[2]) Vgl. Mitteis, Der Entwurf einer Novelle zum a. b. G. B., 1908, S. 24.

[3]) § 147, Abs. 2.

[4]) § 147, Abs. 1, der Novelle.

[5]) Vgl. Mayr, Gutachten über die Frage: Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages, Verhandlungen des 27. deutschen Juristentages, 2, S. 172 f.

spricht[1]), und daß anderseits beide Formen des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung im großen und ganzen zu demselben praktischen Ergebnisse führen[2]), so leuchtet wohl von selbst ein, daß es dem Grundsatze der Gesetzesökonomie widerspricht, ein und dieselbe Frage hier und dort verschieden zu regeln und scheinbar ein feines Räderwerk der Gesetzgebungsmaschine in Bewegung zu setzen, dessen Tätigkeit sich bei näherer Betrachtung als ein nutzloses Leerlaufen erweist.

Auch der Sukzessivlieferungsvertrag hat bereits im Handelsgesetzbuche seine Regelung gefunden, die jedoch der Novelle nicht zu genügen scheint. Das Handelsgesetzbuch begnügt sich mit der Bestimmung[3]), daß der Rücktritt vom Vertrage „nur in betreff des von dem anderen Kontrahenten nicht erfüllten Teiles des Vertrages erfolgen" kann, wenn sich „aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Kontrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes ergibt, daß die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten teilbar ist". Die erheblich umständlichere Fassung der Novelle[4]) unterscheidet sich davon sachlich nur in zwei Punkten. Sie betont, daß der Rücktritt im Zweifel nur „betreffs der einzelnen Teilleistung, mit welcher der Leistungspflichtige im Verzuge ist", gilt, daß er aber durch ausdrückliche Erklärung auch auf die gesamten Restleistungen erstreckt werden kann, und sie unterstellt den Fall, daß „bei Verzug mit einer einzelnen Teilleistung die übrigen Leistungen für den Empfänger kein Interesse haben", ausdrücklich den Grundsätzen des Fixgeschäftes. Nun konnte es aber mit Rücksicht auf die dispositive Natur des Rücktrittsrechtes schon nach geltendem Handelsrechte nicht zweifelhaft sein, daß der Rücktrittsberechtigte nach seinem Ermessen vom

[1]) Dem Interesse des Gläubigers nicht, wenn dieser eher geneigt wäre, seine Leistung loszuschlagen; dem Wesen des gegenseitigen Vertrages nicht, weil dadurch eine ungleiche Behandlung der beiden Parteien herbeigeführt wird. Vgl. Mayr, a. a. O., S. 200.

[2]) Vgl. Mayr, a. a. O., S. 197 f.

[3]) Artikel 359.

[4]) § 144.

ganzen Restvertrage oder auch nur von der jeweils versäumten Teilleistung zurücktreten könne, und es ist wohl lediglich Geschmacksfrage, ob man verlangt, daß er das Eine oder das Andere ausdrücklich erklären müsse. Ebensowenig unterlag es einem Zweifel, daß die Erklärung, auf Erfüllung bestehen zu wollen, wenn bei einem Fixgeschäfte in mehreren Lieferfristen zu leisten ist, sofort nach Versäumnis der ersten Lieferfrist abgegeben werden muß[1]).

Tatsächlich würde daher unter der Herrschaft der Novelle trotz der verschiedenen Fassung kaum ein merklicher Unterschied zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Rechte bestehen. Demnach würde es sich auch hier empfehlen, das durch die Vereinheitlichung der Rechtssatzung zum Ausdruck zu bringen, statt die Konstatierung dieser Tatsache von dem schwankenden Ergebnisse der Rechtsprechung abhängig zu machen.

Wie wenig für dieses Festhalten der Novelle an einem überflüssigen Rechtsdualismus das Bestreben maßgebend war, die charakteristischen Eigentümlichkeiten des a. b. G. B. zu wahren, zeigt gerade die unzweckmäßige Übernahme gewisser, aus anderem Gesichtspunkte bereits in Betracht gezogener Auslegungsregeln des Handelsgesetzbuches in das bürgerliche Recht[2]). Denn eine mißverständliche Auffassung dieser Regeln wäre gerade dazu angetan, eine der Grundlagen unseres a. b. G. B., die Erklärungs- oder Vertrauenstheorie zu erschüttern[3]).

* * *

Umgekehrt hat freilich auch der „pietätvoll-konservative" Sinn der Novelle[4]) diese zu manchem Mißgriff verleitet. Es genügt auf das zuvor in anderem Zusammenhange erwähnte Beispiel aus der Lehre von den Verträgen zugunsten eines

---

[1]) Vgl. Adler-Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuch, 1402.

[2]) Siehe oben S. 10, N. 4.

[3]) Siehe oben S. 12, N. 2.

[4]) Den hier Bartsch, a. a. O., S. 25, rühmend hervorhebt.

Dritten, auf die unzweckmäßige Aufrechthaltung und Verallgemeinerung des § 1019 a. b. G. B. zu verweisen[1]).

Gegen den Grundsatz, am Bestande des heutigen bürgerlichen Rechtes nicht zu rühren und die Vorteile eines sicheren und eingelebten Rechtes nicht in Frage zu stellen, den sich die Novelle, der Mahnung Ungers folgend, zur Richtschnur nehmen wollte[2]), verstößt die Novelle überdies in zweifacher Richtung. Sie trifft Bestimmungen, die sich in das geltende Recht nur schwer oder gar nicht einfügen, in das bürgerliche Gesetzbuch Widerspruch hineintragen, und sie schafft Neuerungen, die in unserem bürgerlichen Gesetzbuche geradezu als Fremdkörper wirken müßten.

Nicht genügend klargestellt ist z. B.[3]) durch die Novelle das Verhältnis der neuen Bestimmung über die Haftung für fremdes Verschulden zu dem bisher geltenden und auch künftig in Kraft bleibenden Recht[4]).

Dasselbe gilt von dem aus dem deutschen Reichsrechte[5]) entlehnten allgemeinen Wucherverbote[6]). Auf die Frage der Zweckmäßigkeit dieser Norm soll nicht näher eingegangen werden, nachdem bereits von anderer Seite betont worden ist, daß der Erfolg dieser Bestimmung ganz in die Hände der Judikatur gelegt ist[7]) und daß sie, zumal hier nicht der Vertragsinhalt, das Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, sondern ein subjektives Moment, die Ausbeutungsabsicht, über Sein oder Nichtsein des Vertrages entscheidet[8]), in alle entgeltlichen

[1]) Siehe oben S. 44, N. 3.

[2]) Vgl. Erläuternde Bemerkungen, S. 57.

[3]) Eine Reihe anderer Beispiele bei Krasnopolski, a. a. O., S. 13 ff. Hier ist auch § 15, Z. 1, der Novelle zu erwähnen, der von der Bestellung eines Mitvormundes durch letztwillige Verfügung spricht, während nach geltendem Rechte (§ 196 a. b. G. B.) die Berufung zur Vormundschaft nicht wesentlich in einem Testament erfolgen muß. Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, 2[4], § 467, N. 2.

[4]) Siehe oben S. 37, N. 1 bis 3.

[5]) § 138, Abs. 2, deutsches B. G. B.

[6]) § 128, Z. 4, der Novelle.

[7]) Bartsch, a. a. O., S. 23.

[8]) Wellspacher, a. a. O., S. 14.

Vertragsverhältnisse Unsicherheit trägt[1]). Hier interessiert nur etwas anderes. Wie denkt sich die Novelle das Verhältnis dieser neuen Bestimmung zu den in Kraft bleibenden Normen über die Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte?[2]) Welchen Einfluß soll diese neue Bestimmung auf das auch künftig fortgeltende Wucherrecht haben?[3])

Rechtsunsicherheit oder Rechtsungleichheit schaffen auch die neuen Normen über die Wirkungen des Verzuges und der schuldhaften Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen[4]). Die erläuternden Bemerkungen[5]) sind sich zwar der Vorsicht bewußt, die hier erforderlich ist, um nicht in die Einzelbestimmungen des a. b. G. B. zu tief einzugreifen. Trotzdem unterläßt es die Novelle, über das Verhältnis des neuen Rechtes zu diesen in Kraft bleibenden Bestimmungen des geltenden Rechtes Klarheit zu schaffen. Sie begnügt sich vielmehr damit, diese Bestimmungen unberührt zu lassen. Die Folge ist, daß die Wirkungen der Nichterfüllung in diesen Fällen zum Teile von anderen Voraussetzungen abhängig und anders geartet sind als in der Regel der Fälle, ohne daß irgend ein innerer Grund dafür vorläge oder die Novelle das auch nur wollte[6]). Solche Erscheinungen drängen von selbst

---

[1]) Till, a. a. O., S. 30.

[2]) §§ 934, 935, 1060 (1268, 1386, 1487) a. b. G. B. Vgl. Bartsch, a. a. O., S. 24; Krasnopolski, a. a. O., S. 31.

[3]) Gesetz vom 28. Mai 1881, Nr. 47 R. G. Bl. Vgl. Art. 47 des Einführungsgesetzes zum deutschen B. G. B.

[4]) §§ 143 bis 147 der Novelle.

[5]) S. 135.

[6]) Wie Wellspacher, a. a. O., S. 21ff. mit Recht betont, gewährt z. B. § 1047 a. b. G. B. für den Fall der Nichterfüllung eines Tauschvertrages lediglich einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, nicht auch ein Rücktrittsrecht; macht § 1154 a. b. G. B. das Rücktrittsrecht des Arbeitsgebers vom Lohnvertrage von einem Verschulden des Bestellten abhängig, das § 143, Abs. 2, der Novelle unter sonst gleichen Voraussetzungen nicht erfordert; ist der Inhalt des Ersatzanspruches nach § 1155 a. b. G. B. ein anderer als der des in denselben Voraussetzungen wurzelnden Ersatzanspruches nach § 145 der Novelle (wozu hier noch die besondere Regel des § 174 der Novelle

zu der Erkenntnis, daß die Revision gerade ihre nächstliegende Aufgabe verabsäumt hat, das neue mit dem alten Rechte zu verarbeiten[1]), und daß sie besser daran getan hätte, statt, unbeirrt um den gegenwärtigen Zustand des bürgerlichen Rechtes, das vorhandene Chaos um eine Reihe zusammenhangloser Bestimmungen zu vermehren und ihr Gewissen mit der nichtssagenden Klausel zu beruhigen, daß mit dem Beginne ihrer Wirksamkeit „alle mit den Vorschriften dieses Gesetzes in Widerspruch stehenden bisher geltenden gesetzlichen Bestimmungen außer Kraft" treten[2]), den Stand dieser Bestimmungen zu erheben, den geltenden, durch die zahlreichen Nebengesetze und Novellen fast unübersehbar gewordenen Rechtsstoff zu sammeln, zu sichten und zusammenzufassen[3]).

Nicht bloß an der nötigen Rücksicht für das geltende und in Geltung bleibende Recht fehlt es aber der Novelle bisweilen, sondern sie legt durch manche Bestimmung geradezu Bresche in wichtige Grundlagen des bürgerlichen Rechtes, indem sie Bestimmungen fremder Rechte aus ihrem Milieu unverändert in das österreichische Recht herübernimmt, wo sie wie

kommt); ist das Rücktrittsrecht des § 1166 a. b. G. B. trotz Gleichheit der Voraussetzungen nicht an die Setzung der Nachfrist des § 143 der Novelle gebunden; gilt ähnliches für die §§ 1117 und 1118 a. b. G. B.

[1]) Ein besonders arges Versehen dieser Art — das Verhältnis des § 194, Z. 6, der Novelle und des Hofdekretes vom 22. August 1836, Nr. 151 J. G. S., — beleuchtet scharf: Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, 1908, S. 66. Vgl. auch Krasnopolski, a. a. O., S. 38 f.; Burckhard, „Neue Freie Presse" vom 12. April 1908, S. 3.

[2]) Art. 2, Abs. 2, der Novelle.

[3]) Das Ergebnis dieser ebenso mühereichen wie verdienstvollen und als Vorarbeit für eine Revision des a. b. G. B. geradezu unerläßlichen Arbeit wäre eine authentische Sammlung aller auf das bürgerliche Recht bezüglichen Nebengesetze und Novellen, wie sie meines Erinnerns der Abgeordnete Professor Skedl im Abgeordnetenhause des Reichsrates anregte, und wie sie schon einmal anläßlich der Kundmachung des a. b. G. B. für Ungarn wenigstens in Form eines anhangsweisen Verzeichnisses erfolgte, eventuell eine Republikation des zu einer Einheit verarbeiteten Rechtsstoffes, wie sie anläßlich der Kundmachung des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich einer Reihe von deutschen Reichsgesetzen zuteil wurde.

Fremdkörper wirken. Diesen Erfolg hat es z. B., wenn die Novelle[1]) dem Entwurfe eines ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches[2]) die Bestimmung entlehnt, daß kein Vertrag entsteht, wenn „mehrdeutige Ausdrücke gleichlautender Erklärungen von beiden Teilen in verschiedenem Sinne verstanden“ werden. Man kann selbst der Ansicht sein, daß auch für das österreichische Recht eine Auseinandersetzung zwischen den Vorschriften über den Vertragsschluß und den Regeln über den Geschäftsirrtum bei Verträgen wünschenswert sei[3]), und wird doch dieser Lösung seine Zustimmung versagen müssen. Denn sollte damit entschieden sein, daß der Dissens über mehrdeutige Ausdrücke das Zustandekommen des Vertrages in jedem Falle hindere, so wäre damit die für den Irrtum über den Inhalt von Willenserklärungen auch fürderhin maßgebende Norm[4]) überflüssig gemacht und die auf diesem Gebiete des österreichischen Rechtes herrschende Vertrauenstheorie ihres wichtigsten Anwendungsgebietes beraubt. Muß man aber infolgedessen die Bestimmung auf den Fall des sogenannten versteckten, unlösbaren Dissenses beschränken, so ist sie überflüssig, da in solchem Falle das Zustandekommen des Vertrages schon an der Unbestimmtheit seines Inhaltes scheitert[5]). In keinem Falle paßt daher die Bestimmung in das österreichische Recht.

Ähnlich verhält es sich mit der Übernahme der Bestimmung[6]), daß ein Vertrag auch dann nicht zustande kommen soll, wenn der wesentliche Irrtum des einen Teiles zwar nicht von dem anderen Teile veranlaßt war, diesem aber noch rechtzeitig aufgeklärt wurde. Die Erwägung, daß damit „zur Ab-

---

1) § 122.

2) § 982.

3) Vgl. Wlassak, Das Rechtsgeschäft und das Verhältnis des Willens zur Erklärung, Vortrag, 1902, S. 14f.

4) § 871 a. b. G. B. = § 124 der Novelle, wonach es darauf ankommt, ob die verschiedene Auffassung dem anderen Teile bekannt war oder aus den Umständen offenbar auffallen mußte.

5) Das ist im wesentlichen auch der Gedankengang Wellspachers, a. a. O., S. 10f.

6) § 124 der Novelle, a. E.

schwächung einer Härte des Erklärungsprinzips" „schikanöses Ausnützen eines sofort berichtigten Irrtums, eines bloßen Sich-verschreibens oder Sichversprechens" ausgeschlossen werden soll [1], wirkt auf den ersten Blick sympathisch [2]. Dennoch ist die Lösung verfehlt. Denn abgesehen davon, daß der schwankende Begriff der Rechtzeitigkeit nur geeignet ist, große Unsicherheit in den Verkehr zu tragen [3], bedeutet diese Neuerung unter Umständen eine Härte für den anderen Teil, der auf die Giltigkeit der Erklärung vertraut hat und den die Vertrauenstheorie eben in diesem Vertrauen schützen will. Dieser Ausweg wäre daher jedenfalls nur dann gangbar, wenn die Anfechtung unverzüglich, nachdem der Irrende von seinem Irrtum Kenntnis erlangt hat, erfolgen müßte und den Anfechtenden zum Ersatze des Interesses gegenüber dem redlichen Anderen oder Dritten verpflichten würde, das dieser an der Giltigkeit der Erklärung hat [4]. Man kann aber überhaupt daran zweifeln, ob sich der Mangel einer solchen Bestimmung in der Praxis bisher fühlbar machte [5].

* *
*

Verkehrt wäre es, aus diesem mißglückten Versuche einer Rezeption fremden Rechtes gegen die Verfasser der Novelle den Vorwurf schmieden zu wollen, daß sie sich allzusehr an fremde Vorbilder anlehnen, zu wenig eigenen Gedanken Raum geben. Denn es ist gewiß, namentlich für das Gebiet des Obligationenrechtes, richtig, daß die Novelle fast vollständig unter fremdem Einflusse steht [6]. Allein gerade die Gesetzgebung

---

[1] Erläuternde Bemerkungen, S. 126.

[2] Vgl. Bartsch, a. a. O., S. 22; Krasnopolski, a. a. O., S 36.

[3] Vgl. Mitteis, Der Entwurf einer Novelle, S. 22 f.; Wellspacher, a. a. O., S. 12.

[4] §§ 121, 122 deutsches B. G. B. und Mitteis, a. a. O., S. 23.

[5] Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 12.

[6] Abgesehen von den bereits (S. 31, N. 1) zusammengestellten Einflüssen des deutschen B. G. B. und des Handelsgesetzbuches (S. 52 ff.) auf die obligationenrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes machen sich auch solche des schweizerischen und ungarischen Rechtes darauf geltend. Schweizerischen Einfluß zeigen namentlich die §§ 119, Abs. 2

ist nicht der Boden für Experimente. Sie tut vielmehr gut daran, Bewährtes und Erprobtes Neuem und Zweifelhaftem vorzuziehen. Nirgends so wie hier gilt die Erkenntnis, daß eine gute Kopie vor einem schlechten Originale den Vorzug verdient. Wenn daher in dieser Richtung ein Vorwurf gegen die Novelle erhoben werden soll und muß, so ist es nicht der, daß sie überwiegend Kopie, sondern der, daß sie vielfach keine gute Kopie ist. Zu diesem Vorwurfe gibt die Novelle nur zu häufig Anlaß[1]).

Wenn sich die Novelle[2]) z. B. schon veranlaßt sah, durch die Übernahme der Fassung des deutschen B. G. B.[3]) deutlicher zum Ausdruck zu bringen, daß der über die Möglichkeit der Leistung Getäuschte, wenn der Vertrag wegen deren Unmöglichkeit ungiltig ist, nur Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses habe, so wäre es auch angezeigt gewesen, die Bestimmung[4]) zu übernehmen, daß Entsprechendes gelte, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles giltig ist. Denn das kann zweifelhaft sein, weil eben der Vertrag trotzdem bestehen bleibt[5]). Anderseits ist der Ersatzanspruch auch in diesem Falle gerecht-

---

(Art. 5, Abs. 3, schweizerisches Obligationenrecht, Art. 1021 Ergänzungsentwurf); 132, Satz 2 (1029, Abs. 2, Ergänzungsentwurf); 139, Abs. 1 (128, Abs. 1, Obligationenrecht; 1137, Abs. 1, Ergänzungsentwurf); 147 (124 Obligationenrecht; anders 1134 Ergänzungsentwurf). Auf den ungarischen Entwurf gehen mehr oder weniger die §§ 122 (982 des Entwurfes eines ungarischen a. b. G. B.); 124 (989); 148 (1159) zurück. Sieht man daher von den Aufhebungs- und Übergangsbestimmungen (§§ 116, 118, 121, 126, 129, 133, 137, 138, 141, 142, 149, 150, [151], [153], 154) ab, so bleiben als originelle Schöpfungen der Novelle auf diesem Gebiete nur einige geringfügige Änderungen der §§ 122 bis 125, § 128, letzter Absatz, und § 146 übrig.

1) Zahlreiche Beispiele schon bei Krasnopolski, a. a. O., S. 22 ff.

2) § 127.

3) § 307, Abs. 1.

4) § 307, Abs. 2, deutsches B. G. B.

5) Darum wurde anläßlich der Beratung des deutschen B. G. B. ein Antrag auf Streichung dieser Bestimmung mit Recht abgelehnt. Vgl. Protokolle, 1, S. 454.

fertigt, weil der Vertrag wenigstens so, wie er geschlossen ist, nicht giltig ist[1]).

Es mag ferner zweckmäßig erscheinen, daß die Novelle[2]), weniger um etwas Neues zu sagen als um unbegründete Zweifel auszuschließen[3]), dem reichsdeutschen[4]) und schweizerischen Rechte[5]) folgend, die Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift auf mechanischem Wege ausdrücklich nur da für genügend erklärt, wo sie im Geschäftsverkehre üblich ist. Doch hätte auch hier ein engerer Anschluß an diese Vorbilder eine zutreffendere Abgrenzung durch Abstellung auf das Moment der Bestimmung zum Massenvertriebe ergeben[6]). Vor allem hätte sich aber die Übernahme der Vorschrift[7]) empfohlen, daß die Giltigkeit der Unterzeichnung durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden kann. Denn nur dadurch wird der Gefahr vorgebeugt, daß der Aussteller etwa auf Grund eines nur erst hergestellten, noch nicht ausgefertigten Effektenformulares in Anspruch genommen wird[8]).

Auch die der Novelle nachgerühmte „bemerkenswerte Selbständigkeit" bei Regelung der Verträge zugunsten Dritter[9]) gereicht ihr kaum zum Vorteile. Es wird zwar kaum zu leugnen sein, daß gerade dieses Institut in Anbetracht der

---

[1]) Vgl. Motive zum Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich, 2, S. 179.

[2]) § 132, Satz 2.

[3]) Denn daß Banknoten, Aktien u. a. m. vollwirksam sind, obwohl die Unterschriften darauf nur in mechanischer Vervielfältigung erscheinen, und daß umgekehrt ein Individualvertrag, der an das Erfordernis der Schriftlichkeit geknüpft ist, nicht bloß mit einer Stampiglie unterfertigt werden kann, dürfte schon heute außer Zweifel stehen.

[4]) § 793, Abs. 2, deutsches B. G. B.; §§ 181, 426, Abs. 2, Nr. 9, deutsches H. G. B.

[5]) Artikel 1029, Abs. 2, des Ergänzungsentwurfes.

[6]) Vgl. den in der vorigen Note angeführten Artikel des schweizerischen Rechtes.

[7]) § 793, Absatz 2, Satz 1, deutsches B. G. B.

[8]) Vgl. Motive zum deutschen B. G. B., 2, S. 696 f.

[9]) Bartsch, a. a. O., S. 25.

kümmerlichen Fürsorge, die ihm das a. b. G. B. angedeihen läßt[1]), ein dankbares Objekt für die Revision unseres bürgerlichen Rechtes bildet. Vielleicht könnte man auch wünschen, daß sich die Novelle in der grundsätzlichen Behandlung dieses Problems von selbständigeren Erwägungen hätte leiten lassen. Denn man kann wohl der Ansicht sein, daß auch die Novelle allzu großes Gewicht auf die Parteiabsicht legt, insofern sich die Parteien in der Regel kaum klar darüber sein werden, ob sie dem Dritten ein unmittelbares Klagerecht verschaffen wollen[2]), und daß die allgemeine Zulassung solcher Verträge nicht bloß gefährlich ist, sondern auch keinem dringenden Verkehrsbedürfnisse entspricht[3]). Wenn sich aber die Novelle schon über diese Bedenken hinwegsetzen zu können und in dieser Hinsicht dem reichsdeutschen Vorbilde folgen zu müssen vermeint, hätte sie jedenfalls besser getan, sich auch in den Einzelheiten an dieses Vorbild zu halten. Das gilt sowohl von der Form als auch von dem Inhalte dieser Bestimmungen.

Der erste Paragraph dieses Titels[4]) ist eine nicht ganz glückliche Mischung schweizerischen und reichsdeutschen Rechtes. Er entnimmt dem schweizerischen Recht[5]) den Satz, daß jemand, der sich im eigenen Namen eine Leistung an einen Dritten versprechen ließ, Leistung an den Dritten fordern kann. Hierauf stellt er, dem deutschen Reichsrechte[6]) folgend, den Grundsatz auf, daß die ausdrückliche Parteivereinbarung und in Ermanglung solcher Natur und Zweck des Vertrages darüber

---

[1]) Vgl. jetzt namentlich v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allg. Privatrechts, 1, S. 628 ff., 637 ff.

[2]) Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 36; Steinlechner, a. a. O., S. 31.

[3]) Vgl. Steinlechner, a. a. O., S. 32.

[4]) § 139.

[5]) Art. 128, Abs. 1, des schweizerischen Obligationenrechtes; beziehungsweise Art. 1137, Abs. 1, des Ergänzungsentwurfes.

[6]) § 328, Abs. 2, deutsches B. G. B.; ähnlich auch Abs. 2 der in der vorigen Note angeführten Bestimmungen des schweizerischen Rechtes.

entscheiden, ob und wann der Dritte ein selbständiges Klagerecht erwirbt. Daran schließt sich der Satz, daß die Befugnis des Versprechensempfängers, im eigenen Namen vom Versprechenden die Erfüllung des Vertrages zugunsten des Dritten zu verlangen, nicht erlischt, wenngleich der Dritte das Recht unmittelbar erwirbt.

Es wird sich kaum leugnen lassen, daß sich diese Gedankenreihe einfacher und der Vorstellung des Vertrages zugunsten eines Dritten entsprechender ausdrücken ließe. Das Wesen des Vertrages zugunsten eines Dritten liegt in dem selbständigen Klagerechte des Dritten. Daher ist dieser Gedanke an die Spitze zu stellen[1]). Das Klagerecht des Versprechensempfängers ist ziemlich selbstverständlich. Zweifelhaft kann eigentlich nur sein, ob es auch neben dem des Dritten fortbestehen soll. Beides ist entschieden, wenn das deutsche B. G. B.[2]) sagt: „Der Versprechensempfänger kann, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist[3]), die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht."

Ob und wann der Dritte ein selbständiges Recht erwirbt, ist im allgemeinen Auslegungsfrage. „Insbesondere", heißt es jedoch[4]), „erwirbt der Dritte dieses Recht, wenn die Leistung hauptsächlich ihm zum Vorteile gereichen soll". Auch für das deutsche B. G. B. plante man, nachdem man anfänglich den Standpunkt vertreten hatte, daß es für eine Auslegungsregel an der erforderlichen Grundlage fehle und sich aus der Erfahrung nichts dafür entnehmen lasse, was die Parteien im Zweifel gewollt haben[5]), später einen ähnlichen allgemeinen

---

[1]) Wie das durch § 328, Abs. 1, des deutschen B. G. B. geschehen ist.

[2]) § 325.

[3]) Zu dem Fehlen dieser den Dispositivcharakter der Bestimmung ausdrückenden Worte in der Novelle vgl. oben S. 48, N. 5.

[4]) § 139, Abs. 2, Satz 2, der Novelle.

[5]) Vgl. Motive zum Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich, 2, S. 269.

Anhaltspunkt zu bieten, indem man darauf abstellen wollte, ob die Zuwendung eine Fürsorge für den Dritten bezwecke[1]). Man verzichtete jedoch auf diesen vagen Auslegungsbehelf, weil er nicht geeignet sei, die Rechtsanwendung zu erleichtern, sondern eher verwirrend wirken könnte. Denn auch dann, wenn mit der ausbedungenen Leistung eine Fürsorge für den Dritten bezweckt werde, sei nicht ausgeschlossen, daß die Absicht nicht dahin gehe, für den Dritten ein unmittelbares Recht zu begründen. Auch sei der Begriff der Fürsorge für den Dritten zu unbestimmt, um als wertvoller Anhaltspunkt für die Rechtsprechung dienen zu können[2]. Anderseits verkannte man nicht, daß es wünschenswert ist, für die Entscheidung der Frage, ob eine unmittelbare Berechtigung des Dritten entstehen solle, einen bestimmteren Anhalt zu geben und zugleich der Gefahr vorzubeugen, daß durch die gesetzliche Neuregelung des Institutes der Verträge zugunsten Dritter die bisherige feststehende Praxis für einzelne Fälle ins Schwanken gebracht werde[3]). Darum griff man schließlich zu dem Auskunftsmittel, die praktisch wichtigsten Fälle, in denen ein unmittelbares Recht des Dritten im Zweifel anzunehmen ist, ausdrücklich hervorzuheben[4]). Dieser Erkenntnis konnte sich auch die Novelle bis zu einem gewissen Grade nicht verschließen, insofern auch sie einen dieser Fälle, die Gutsabtretung, besonders regelt[5]). In Anbetracht der gründlichen Erwägungen, in denen das Vorgehen der deutschen Reichsgesetzgebung wurzelt, und angesichts des Umstandes, daß die Novelle demgegenüber ein unsicheres Schwanken zwischen zwei verschiedenen Standpunkten — einerseits allgemeine Auslegungsregel, anderseits doch Anführung eines einzelnen Falles — verrät, will es scheinen,

---

[1]) Vgl. Protokolle der zweiten Lesung, 1, S. 751. Diesen Vorschlag machte sich der Entwurf eines ungarischen a. b. G. B., § 1028, zu eigen.

[2]) Vgl. Protokolle, 1, S. 754 f., und die dort zur Begründung dieses Standpunktes angeführten Beispiele.

[3]) Vgl. Protokolle, 1, S. 755 f.

[4]) § 330 deutsches B. G. B.

[5]) § 139, Abs. 4, der Novelle.

als ob die Novelle auch hier besser getan hätte, sich voll und ganz auf den Boden des deutschen B. G. B. zu stellen[1]).

Zu welchem Widerspruche ferner die Selbständigkeit der Novelle gegenüber dem deutschen Reichsrechte in der Frage der Unwiderruflichkeit des Rechtes des Dritten führt, würde bereits aus anderem Gesichtspunkte beleuchtet[2]).

Als mißglückt müssen schließlich die Äußerungen des Selbständigkeitstriebes der Novelle in dem zweiten Paragraphen dieses Titels[3]) gelten. Auch er folgt grundsätzlich dem reichsdeutschen Vorbilde[4]). Er unterscheidet sich jedoch davon in drei Punkten. Er verlangt nicht, daß der Dritte das aus dem Vertrage erworbene Recht, damit es als nicht erworben gelte, dem Versprechenden gegenüber zurückweisen müsse[5]). Er bestimmt anderseits ausdrücklich, daß die Zurückweisung das Vertragsverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden mangels anderer Vereinbarung unberührt läßt[6]), und ergänzt den Satz, daß Einreden aus dem Vertrage dem Versprechenden auch gegen den Dritten zustehen[7]), durch die weitere Bestimmung, daß eine Forderung gegen den Versprechensempfänger, die mit dem Anspruche aus dem Vertrage nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, gegen die Forderung des Dritten nicht aufgerechnet werden kann[8]). Alle drei Abweichungen sind unzweckmäßig und überflüssig.

Durch die ausdrückliche Bestimmung, daß die Zurückweisung dem Versprechenden gegenüber erfolgen müsse, würde

[1]) Weniger Gewicht soll darauf gelegt werden, daß die Novelle es auch unterläßt, eine besondere Bestimmung für den Fall zu treffen, daß die Leistung an den Dritten nach dem Tode des Versprechensempfängers geschehen soll. Vgl. § 331 deutsches B. G. B. und für dessen Aufnahme in die Novelle: Mitteis, Der Entwurf einer Novelle zum a. b. G. B., 1908, S. 23 f.

[2]) Siehe oben S. 44.

[3]) § 140 der Novelle.

[4]) §§ 333, 334 deutsches B. G. B.

[5]) § 140, Abs. 1, der Novelle.

[6]) § 140, Abs. 2, der Novelle.

[7]) § 140, Abs. 3, Satz 1, der Novelle.

[8]) § 140, Abs. 3, Satz 2, der Novelle.

sicherlich manchem Streite von vorneherein der Boden entzogen. Sie wäre überdies darum gerechtfertigt, weil der Versprechende allein der Schuldner ist, seine Person daher in dieser Frage im Vordergrunde steht. Die Erklärung an den Versprechenden würde aber selbst dann genügen, wenn ausnahmsweise auch der Versprechensempfänger an der Ablehnung interessiert ist[1]).

Die Bestimmung, daß die Zurückweisung des Rechtes durch den Dritten das Verhältnis zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien im Zweifel unberührt lasse, war auch für das deutsche B. G. B. in Vorschlag gebracht, wurde aber dort aus guten Gründen abgelehnt. Man hielt mit Recht dafür, daß sich eine allgemein zutreffende Regel nicht aufstellen lasse, daß Regel und Ausnahme sich hier die Wage halten[2]). Daß aber die Zurückweisung des Rechtes durch den Dritten noch nicht schlechthin einen Schulderlaß an dessen Schuldner, den Versprechenden, bedeutet, folgt schon daraus, daß der Versprechensempfänger sein Klagerecht neben dem des Dritten behält[3]). Darin liegt deutlich ausgedrückt, daß das Recht des Versprechensempfängers von dem Verhalten des Dritten unabhängig ist. Demgemäß finden auch die reichsdeutsche Theorie und Praxis mit diesem Satze ihr vollkommenes Auslangen[4]).

Daß endlich eine mit dem Anspruche aus dem Vertrage nicht in rechtlichem Zusammenhange stehende Forderung gegen den Versprechensempfänger nicht gegen die Forderung des Dritten aufgerechnet werden kann, folgt einerseits aus den Grundsätzen der Aufrechnung[5]) und ist anderseits bloß die

---

[1]) Vgl. Motive zum deutschen B. G. B., 2, S. 272. Darum wurde auch der Antrag, die Worte „dem Versprechenden gegenüber" zu streichen, im Verlaufe der Beratung des deutschen B. G. B. abgelehnt, weil man fürchtete, daß das zu einer Verdunklung der Vorschrift führen könnte. Vgl. Protokolle, 6, S. 157.

[2]) Vgl. Protokolle der zweiten Lesung, 1, S. 767 f.

[3]) § 139, Abs. 2, Satz 3, der Novelle.

[4]) § 335 deutsches B. G. B. und dazu Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 2³, S. 175, Z. 2 b und 3.

[5]) Vgl. §§ 1438, 1440, 1441 a. b. G. B.

Negative des Satzes, daß dem Versprechenden nur Einreden aus dem Vertrage gegen den Dritten zustehen. Diese Bestimmung wäre daher eher eine Verunzierung als eine Bereicherung der Novelle im Vergleiche zu dem reichsdeutschen Vorbilde.

Nicht zum Vorteile gereichen der Novelle auch die Abweichungen, die sie in der Lehre von den Wirkungen der Nichterfüllung gegenüber dem im übrigen vorbildlichen deutschen Reichsrechte aufweist. Auf manches wurde schon in anderem Zusammenhange hingewiesen[1]). Hier erübrigt nur mehr eine Nachlese und es sind namentlich zwei grundsätzliche[2]) Abweichungen der Novelle vom deutschen Reichsrechte, die der Kritik eine breite Angriffsfläche bieten.

Während das deutsche Reichsrecht das Rücktrittsrecht in allen Fällen, mag es im Gesetze oder in einer Parteivereinbarung begründet sein, zur Disposition des Gläubigers stellt, von einer Erklärung des Berechtigten gegenüber dem anderen Teile abhängig macht[3]) und diesen anderen nur dadurch gegen Schikanen schützt, daß es ihm, wenn die Ausübung des Rück-

---

[1]) Siehe oben S. 33 f., S. 35, N. 1, S. 38, N. 7, S. 46 f.

[2]) Eine wenig glückliche, aber vielleicht mehr unbewußte Abweichung stellt auch § 143, Abs. 2, der Novelle dar. Während das deutsche B. G. B. (§§ 361, 326, Abs. 2) und das schweizerische Obligationenrecht (Art. 123 und 125, 1132 und 1133 des Ergänzungsentwurfes) das vertragsmäßig vereinbarte Fixgeschäft, bei dem es nicht darauf ankommt, ob der Verzug durch Verschulden des Leistungspflichtigen hervorgerufen ist, und das „gesetzliche Fixgeschäft“ mit Rücktrittsrecht wegen schuldhaften Zögerns des Leistungspflichtigen unterscheiden, scheint die Novelle lediglich überflüssigerweise neben dem ausdrücklich vereinbarten das stillschweigend bedungene Fixgeschäft zu regeln (Erläuternde Bemerkungen, S. 136; Wellspacher, a. a. O., S. 18), unterstellt dagegen aus übermäßiger Schonung für den Schuldner auf Kosten des Gläubigers den Fall, daß die verspätete Leistung für den Gläubiger kein Interesse hat, den allgemeinen Regeln, wenn nicht dem Schuldner der Zweck der Leistung bekannt war. (Erläuternde Bemerkungen, S. 136 f.; dagegen mit Recht Wellspacher, a. a. O., S. 18 f.).

[3]) §§ 349, 327 deutsches B. G. B.

[illegible] an eine Frist gebunden ist, das [illegible] Ausübung dieses Rechtes eine ange- [illegible], sieht die Novelle den Be- [illegible] ohne solche Erklärung als von [illegible] an[4]). Das ist offenbar verfehlt. [illegible] denn der Laie wird meist [illegible] verwickelten Voraus- [illegible] ist, im einzelnen [illegible] Gläubiger kann unter [illegible] daß ihm der diese [illegible] zum Bewußtsein [illegible] dieser [illegible] springt [illegible]

[illegible] der Novelle[5]) auch [illegible] Forderungsbe- [illegible] wegen Nichterfüllung [illegible]. Das Verhältnis [illegible] ganz [illegible] einen [illegible] Nichterfüllung ver- [illegible] den Rücktritt zuläßt[6]). Ja [illegible] das negative Vertrags- [illegible] noch ein sprach- [illegible], daß der mit dem Rück- [illegible] ein Differenzanspruch sein [illegible] im Falle des Rücktrittes auch seinen [illegible] Gegenleistung verliert, das etwa bereits

[1]) [illegible] deutsches B. G. B.

[2]) [illegible] Abs. 2; 144, Abs. 3; 146, Abs. 2, der Novelle.

[3]) [illegible] Wellspacher, a. a. O., S. 19 f.

[4]) Namentlich im Falle des § 146 der Novelle, da er von der [illegible] Handlung des Schuldners, an die hier die Wirkung des [illegible] geknüpft ist, gar keine Kenntnis erlangt zu haben braucht.

[5]) § [illegible], anders § 325, Abs. 1, Satz 3, deutsches B. G. B..

[6]) § [illegible], Abs. 2, der Novelle.

[7]) In diesem Sinne auch Wellspacher, a. a. O., S. 21, und [illegible] auch Steinlechner, a. a. O., S. 29, N. 1.

empfangene Entgelt zurückstellen oder vergüten muß[1]). Wenn daher zwischen Rücktritt und Schadenersatz auf der einen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung auf der anderen Seite ein Unterschied bestehen soll, kann er nur darin liegen, daß im letzteren Falle der Ersatzpflichtige seinen Anspruch auf die Gegenleistung behält oder wenigstens der Forderungsberechtigte die Wahl hat, ob er diese oder jene Form des Schadenersatzes begehren will[2]). Die Novelle selbst scheint sich nicht klar darüber geworden zu sein, wie das Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander zu denken ist[3]). Jedenfalls zeigt sich aber, daß die bereits aus anderen Gründen[4]) abgelehnte Kumulierung von Rücktritt und Schadenersatz unzweckmäßig und ein engerer Anschluß an das deutsche Reichsrecht sachgemäßer wäre.

Nur eine Verschlechterung bedeuten auch die Abweichungen der Novelle[5]) von ihrem reichsdeutschen Vorbilde[6]) in der Regelung der clausula rebus sic stantibus bei gegenseitigen Verträgen. Von einer Gefährdung des einen Teiles durch die schlechten Vermögensverhältnisse des anderen Teiles kann hier nur dann die Rede sein, wenn der eine Teil kraft Vertrages zur Vorleistung verpflichtet ist. Denn schon nach geltendem Rechte besteht hier in der Regel nur eine Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug[7]). Anderseits ist diese Gefahr nament-

---

[1]) § 147, Abs. 1, der Novelle und oben S. 58, N. 4.

[2]) So auch Wellspacher, a. a. O., S. 21.

[3]) Wenigstens betonen die erläuternden Bemerkungen, S. 138, daß „der andere Teil zunächst nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes gegen Bewirkung oder Abrechnung der eigenen Leistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung, also den Ersatz des Interesses an der Erfüllung fordern kann", daß es ihm aber auch unbenommen bleibt, im Falle des Rücktrittes „den trotz des Zurückbehaltens der eigenen Leistung sich ergebenden Schadenersatz zu fordern".

[4]) Oben S. 59, N. 1.

[5]) § 148.

[6]) § 321 deutsches B. G. B.

[7]) §§ 1052, 1062 a. b. G. B. Die vorliegende Fassung der Novelle erregt allerdings den Anschein, als ob die neue Bestimmung die exceptio non adimpleti contractus, „und zwar im Gegensatze zum bisherigen Rechte,

lich dann begründet, wenn die Vermögensverhältnisse des anderen Teiles nach dem Vertragsabschlusse eine wesentliche Verschlechterung erfahren haben. Diesen beiden Umständen trägt die reichsdeutsche Regelung vollauf Rechnung, indem sie sowohl für die Geltendmachung dieser Einrede die Verpflichtung zur Vorleistung voraussetzt als auch die Einrede jedesmal dann für begründet ansieht, wenn nach dem Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt. Die Novelle unterläßt es dagegen zu betonen, daß es vor allem darauf ankommt, ob eine Verpflichtung zur Vorleistung besteht. Mit einigem guten Willen wird man ferner zwar aus der Novelle, obwohl sie darauf abstellt, ob die Gefährdung dem Leistungspflichtigen im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, herauslesen können und dürfen[1]), daß auch eine erst nach diesem Zeitpunkte eintretende Gefährdung zur Verweigerung der Leistung berechtigt. Aber die vom deutschen B. G. B. schließlich[2]) mit Recht verneinte

---

auf den Fall der Gefährdung der ausgebliebenen Gegenleistung" einschränken wollte (Steinlechner, a. a. O., S. 29; Wellspacher, a. a. O., S. 23, a. E.). Dagegen spricht aber wohl ebenso die Unzweckmäßigkeit, ja Widersinnigkeit solcher Absicht, wie der Umstand, daß die erläuternden Bemerkungen, S. 138, ausdrücklich den Fall der Verpflichtung zur Vorleistung im Auge haben. Immerhin zeugt auch dieses Beispiel wieder von dem Unvermögen der Novelle, das auszudrücken, was sie ausdrücken will.

[1]) Dieses Bedenken macht Wellspacher, a. a. O., S. 23, geltend.

[2]) Denn auch die von der Novelle und von dem ungarischen Entwurfe (§ 1159) in Aussicht genommene Lösung geht auf eine bei der Beratung des deutschen B. G. B. aufgetauchte Anregung zurück. Vgl. Protokolle, 1, S. 631. Sowohl die deutsche Anregung als auch der ungarische Entwurf haben jedoch den Vorzug vor der Novelle voraus, daß sie die beiden Fälle, nachträglich verschlechterte und schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene ungünstige Vermögenslage, gesondert behandeln. Der ungarische Entwurf (§ 1159) spricht zuerst (Abs. 1) von dem Falle der nachträglichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse und fährt dann (Abs. 2) fort: „Dieses Recht steht ihm nicht zu, wenn er die schlechten Vermögensverhältnisse der anderen Partei bei Abschluß

Frage ist, ob nicht nur eine nachträgliche Verschlechterung der Vermögenslage des anderen Teiles dazu befugen soll. Denn der Standpunkt der Novelle, die das Recht zur Verweigerung der Leistung auch wegen der schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen, nur dem Leistungspflichtigen entschuldbarerweise unbekannt gebliebenen, ungünstigen Vermögenslage des Gläubigers gewährt[1]), kommt einer Anfechtung wegen Irrtumes im Beweggrunde gleich, bedeutet daher eine Durchbrechung der sonst für den Irrtum maßgebenden Grundsätze[2]) und kann z. B. in der Anwendung auf Mietverträge zu bedenklichen Ergebnissen führen[3]).

Nicht sehr geglückt ist der Novelle endlich die Übernahme des allgemeinen Schikaneverbotes aus dem deutschen B. G. B.[4]). Man kann vor allem zweifeln, ob es überhaupt angezeigt wäre, diese Norm in unser bürgerliches Recht herüberzunehmen[5]). Denn man mag zwar vielleicht nicht gerade befürchten, daß dadurch nur unsere Rechtsprechung um einen bedenklichen Kautschukparagraphen bereichert würde[6]). Wohl

---

des Vertrages schon gekannt hat oder bei gehöriger Sorgfalt hätte kennen können...."

[1]) Man könnte allerdings zweifeln, ob nicht auch hier ein Fall vorliegt, in dem die Novelle etwas anderes sagt, als was sie eigentlich sagen wollte. Denn die erläuternden Bemerkungen (S. 138) meinen zwar, der Gläubiger verdiene diesen Schutz jedenfalls dann, wenn ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bekannt war, daß die Erfüllbarkeit des Vertrages durch die schlechten Vermögensverhältnisse der Gegenpartei gefährdet ist, sprechen dann aber nur davon, daß der andere Teil „mittlerweile" das Zutrauen zu seinem Vertragsgegner verloren hat.

[2]) Soweit das nicht der Fall ist, genügen die Grundsätze der Anfechtung wegen Irrtums in der Person. Das ist auch der Standpunkt des deutschen Reichsrechtes. Vgl. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 2³, § 321, S. 139 f.

[3]) Diese Erwägungen waren für die ablehnende Haltung des deutschen B. G. B. entscheidend. Vgl. Protokolle, 1, S. 632.

[4]) §§ 226, 826 deutsches B. G. B.

[5]) Dagegen z. B. Krasnopolski, a. a. O., S. 13 f.; 26 f.; 37; Wellspacher, a. a. O., S. 24; Till, a. a. O., S. 31 f.

[6]) Gegen diese z. B. von Krasnopolski, a. a. O., S. 37, angedeutete Besorgnis Mitteis, a. a. O., S. 21 f.

aber scheint die Befürchtung begründet, daß die Schikane dadurch eher vermehrt als verhindert würde[1]. Diese Erwägung hielten denn auch die Redaktoren unseres a. b. G. B., denen der Gedanke an ein solches Schikaneverbot keineswegs fernlag[2]), für durchschlagend genug, um darauf zu verzichten[3]). Das dürfte aber noch heute zutreffen[4]). Jedenfalls erscheint das Verbot in der Form, in der es in die Novelle übergegangen ist, praktisch ziemlich wertlos[5]). Indem die beiden im deutschen B. G. B. selbständig auftretenden Sätze miteinander verschmolzen wurden, büßten sie auch an ihrer Bedeutung erheblich ein. Denn nunmehr ist auch die Ersatzpflicht dessen, der in einer gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßenden Weise einem anderen absichtlich Schaden zufügt, nur begründet, wenn die Schadenszufügung nicht in Ausübung eines Rechtes oder zwar in Ausübung eines solchen, aber nur zu dem Zwecke geschah, einem anderen Schaden zuzufügen, und setzt die Norm in jedem Falle einen bereits zugefügten Schaden voraus, entbehrt sie also auch der ihr im deutschen Reichsrechte verliehenen prophylaktischen Bedeutung[6]).

* *
*

Noch weniger Geschick als bei der Übernahme fremden Rechtes zeigt die Novelle schließlich dort, wo sie anscheinend völlig freie Bahn beschreitet. Das hat sich bereits bei den wenigen selbständigen Neuerungen in der Irrtumslehre gezeigt[7]) und äußert sich auch in der eigentlich einzigen Originalschöpfung der obligationenrechtlichen Bestimmungen, in der Sondernorm für die positive Vertragsverletzung im engeren

---

1) Vgl. Till, a. a. O., S. 31 f.

2) Vgl. Urentwurf II, § 255, III, § 84.

3) Vgl. Ofner, Urentwurf, 2, S. 189.

4) Vor allem setzt das Verbot, wie Krasnopolski, a. a. O., S. 13, mit Recht betont, eine Regelung des Nachbarrechtes voraus, da es vornehmlich die Ausübung des Eigentumsrechtes im Auge hat.

5) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 24.

6) Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 26 f. und oben S. 22, N. 1.

7) §§ 122, 123, 124, 125 der Novelle. Siehe oben S. 9, N. 6; S. 12, N. 3 und 4; S. 15, N. 1, S. 15, N. 2; S. 43, N. 4 bis 7.

Sinne[1]). „Wenn aus einem entgeltlichen Vertrage", ist dort bestimmt, „ein Teil zu einer Unterlassung verpflichtet ist und dieser Verpflichtung zuwiderhandelt, kann der andere Teil für den Fall erneuter Zuwiderhandlung den Rücktritt von dem Vertrage ankündigen". Wo dem Schuldner nicht dauernde oder wenigstens zeitweilige Unterlassungen auferlegt sind, wo es sich vielmehr nur um Untätigkeit des Schuldners bei einer einzelnen Gelegenheit oder in einem bestimmten Zeitpunkte handelt, ist diese Bestimmung von vornherein unanwendbar.

In solchem Falle kann nur von einem Schadenersatzanspruche die Rede sein[2]), der „in concreto auch in dem Anspruch auf Rückleistung des Entgeltes sich verwirklichen kann"[3]). Der Fall liegt mit anderen Worten nicht anders als sonst, wenn die Leistung des einen Teiles durch einen von ihm zu vertretenden Umstand — hier durch sein Zuwiderhandeln — unmöglich geworden ist. Das gibt aber zugleich einen Fingerzeig dafür, daß auch der durch die Novelle ausdrücklich geregelte Fall wiederholten Zuwiderhandelns keiner besonderen Regelung bedürfte. Gewiß sind in solchem Falle die für den Verzug vorgesehenen Normen nicht anwendbar[4]). Denn hat der Schuldner einmal das Gegenteil des ihm Auferlegten getan, kann von einem Leistungsverzuge nicht mehr die Rede sein. Es kann sich vielmehr nur darum handeln, Wiederholungen der Zuwiderhandlung hintanzuhalten oder mit besonderen Rechtswirkungen auszustatten[5]). Die Novelle gewährt das Recht zur Androhung des Rücktrittes für den Fall erneuter Zuwiderhandlung. Auch das würde sich von selbst verstehen. Denn wo wiederholte Zuwiderhandlungen möglich sind, begründet jede einzelne eine teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung und damit die daran[6]) geknüpften Rechtsfolgen. Viel

[1]) § 146 der Novelle.

[2]) Vgl. Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, Archiv f. d. ziv. Praxis, 92, S. 64.

[3]) Erläuternde Bemerkungen, S. 138.

[4]) Erläuternde Bemerkungen, S. 138.

[5]) Vgl. Wendt, a. a. O., S. 68f.

[6]) § 145, Satz 2, der Novelle.

wirksamer wäre aber die Gewährung einer Klage auf Unterlassung[1], die ja der Novelle nicht fremd ist[2].

Vollends verfehlt ist die ebenfalls originelle Bestimmung, daß das zum Zwecke eines verbotenen Spieles gegebene Darlehen nicht zurückgefordert werden kann[3]. Ein solches Darlehen kann, muß aber nicht gegen die guten Sitten verstoßen[4]. So allgemein, wie die Novelle es aufstellt, ist das Verbot jedenfalls unzutreffend[5]. Das wirklich gegen die guten Sitten verstoßende Spieldarlehen ist durch das allgemeine Verbot solcher Geschäfte überhaupt hinlänglich gedeckt und bedarf keiner besonderen Vorschrift. Wenn schon die Spielfrage angeschnitten werden sollte, wäre jedenfalls eine Lösung des Zweifels, ob eine im vorhinein für derartige Spiel- oder Wettverluste, insbesondere für Differenzgeschäfte geleistete Deckung zurückgefordert werden kann, dringlicher[6].

* * *

Überblickt man demnach diese mancherlei mißlungenen Bestimmungen der Novelle, so kann es kaum als übertrieben gelten, wenn man bereits behauptete, daß sie neben mancher Neuerung von fragwürdigem Werte manches bringe, was geradezu als eine Verschlechterung des geltenden Rechtes angesehen werden

---

1) Vgl. z. B. § 550 deutsches B. G. B. Artikel 119 des schweizerischen Ergänzungsentwurfes.

2) Vgl. § 1, Abs. 2, der Novelle.

3) § 128, letzter Abs., der Novelle.

4) Vgl. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes, 1903, S. 509 f.; v. Schey, Obligationsverhältnisse, I, S. 92 f.

5) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 14; Till, a. a. O., S. 30. Mit Recht weist Wellspacher, a. a. O., S. 14, auch auf die Gefahr hin, daß man das Darlehen zu verbotenem Spiel nach dem Gesetze als unsittliches Geschäft betrachten und demgemäß überhaupt Zweck und Motive eines Geschäftes als dafür entscheidend ansehen könnte, ob das betreffende Geschäft gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoße, womit der Schikane des Schuldners und der Willkür des Richters der weiteste Spielraum eröffnet würde.

6) Vgl. Mayr, Zur Frage der Revision, S. 27, N. 125; Der Bereicherungsanspruch, S. 506 f.

müsse[1]). Dazu wird man die Antwortpflicht des Empfängers eines Vertragsantrages nach § 119, Abs. 2, der Novelle[2]), manche Neuerung auf dem Gebiete der Irrtumslehre[3]), die eben erörterte Norm für das Spieldarlehen und schließlich auch die Art der Formalisierung des Erbschaftskaufes[4]) unbedenklich rechnen dürfen. Denn es mag zwar richtig sein, daß „die Ernstlichkeit des Willens und die genaue Überlegung der Bedeutung des Geschäftes" beim Erbschaftskaufe mit Rücksicht auf seine weitgehenden Folgen eines besonderen Ausdruckes bedürfen und daß das Erfordernis der Schriftlichkeit kein Verkehrshemmnis begründen würde[5]). Allein gerade auf die Hauptmasse der Erbschaftskäufe, nämlich auf die allein praktische Erbschaftsveräußerung vor der Einantwortung paßt das Erfordernis der Schriftlichkeit nicht. Dafür gibt es nur eine zweckmäßige Form, die Anzeige an das Abhandlungsgericht, die selbstverständlich ebenfalls überflüssig ist, wenn das Übereinkommen vor dem Abhandlungsgerichte selbst getroffen worden ist[6]).

---

[1]) Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, 1908, S. 68, der als Beispiele anführt: §§ 60, 105 ff., 110, 119, Abs. 2, 124, 190, 191 der Novelle.

[2]) Siehe oben S. 43, N. 3.

[3]) Namentlich § 124 der Novelle, a. E., und dazu oben S. 65, N. 1 bis 5.

[4]) § 130, Abs. 2, der Novelle.

[5]) Erläuternde Bemerkungen, S. 129; allerdings nicht, wie sie zu glauben scheinen, weil Erbschaftskäufe selten vorkommen. Denn eher ist das Gegenteil richtig. Vgl. Ehrenzweig, Juristische Blätter, 1908, S. 88; Schiffner, Die Erbrechtsreform, S. 85.

[6]) Vgl. Ehrenzweig, a. a. O., S. 88; zustimmend Wellspacher, a. a. O., S. 15, N. 12, und Schiffner, a. a. O., S. 86, N. 2.

trittsrechtes nicht ohnedies an eine Frist gebunden ist, das Recht gewährt, für die Ausübung dieses Rechtes eine angemessene Präklusivfrist zu setzen[1]), sieht die Novelle den Berechtigten unter Umständen ohne solche Erklärung als von dem Vertrage zurückgetreten an[2]). Das ist offenbar verfehlt. Denn kaum der Jurist, geschweige denn der Laie wird meist sagen können, ob die bisweilen überaus verwickelten Voraussetzungen, an die diese Wirkung geknüpft ist, im einzelnen Falle gegeben sind oder nicht[3]). Der Gläubiger kann unter Umständen[4]) als zurückgetreten gelten, ohne daß ihm der diese Wirkung begründende Tatbestand auch nur zum Bewußtsein gekommen wäre. Die Unzweckmäßigkeit dieser Lösung springt daher wohl in die Augen.

Wie im Fall des Verzuges, so gewährt die Novelle[5]) auch in dem der schuldhaften Unmöglichkeit dem Forderungsberechtigten bloß zwei Rechte, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten. Das Verhältnis dieser beiden Rechte zueinander ist nun aber nicht ganz verständlich, da die Novelle, wie schon bemerkt wurde, einen Anspruch auf Ersatz des durch verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens auch neben dem Rücktritt zuläßt[6]). In dem einen oder anderen Falle bloß an das negative Vertragsinteresse zu denken, liegt weder ein sachlicher noch ein sprachlicher Grund vor[7]). Sicher ist nur, daß der mit dem Rücktrittsrechte kumulierte Ersatzanspruch ein Differenzanspruch sein muß, da der Ersatzpflichtige im Falle des Rücktrittes auch seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliert, das etwa bereits

---

1) § 355 deutsches B. G. B.

2) §§ 143, Abs. 2; 144, Abs. 3; 146, Abs. 2, der Novelle.

3) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 19 f.

4) Namentlich im Falle des § 146 der Novelle, da er von der neuerlichen Zuwiderhandlung des Schuldners, an die hier die Wirkung des Rücktrittes geknüpft ist, gar keine Kenntnis erlangt zu haben braucht.

5) § 145; anders § 325, Abs. 1, Satz 3, deutsches B. G. B.

6) § 147, Abs. 2, der Novelle.

7) In diesem Sinne auch Wellspacher, a. a. O., S. 21, und wohl auch Steinlechner, a. a. O., S. 29, N. 1.

empfangene Entgelt zurückstellen oder vergüten muß[1]). Wenn daher zwischen Rücktritt und Schadenersatz auf der einen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung auf der anderen Seite ein Unterschied bestehen soll, kann er nur darin liegen, daß im letzteren Falle der Ersatzpflichtige seinen Anspruch auf die Gegenleistung behält oder wenigstens der Forderungsberechtigte die Wahl hat, ob er diese oder jene Form des Schadenersatzes begehren will[2]). Die Novelle selbst scheint sich nicht klar darüber geworden zu sein, wie das Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander zu denken ist[3]). Jedenfalls zeigt sich aber, daß die bereits aus anderen Gründen[4]) abgelehnte Kumulierung von Rücktritt und Schadenersatz unzweckmäßig und ein engerer Anschluß an das deutsche Reichsrecht sachgemäßer wäre.

Nur eine Verschlechterung bedeuten auch die Abweichungen der Novelle[5]) von ihrem reichsdeutschen Vorbilde[6]) in der Regelung der clausula rebus sic stantibus bei gegenseitigen Verträgen. Von einer Gefährdung des einen Teiles durch die schlechten Vermögensverhältnisse des anderen Teiles kann hier nur dann die Rede sein, wenn der eine Teil kraft Vertrages zur Vorleistung verpflichtet ist. Denn schon nach geltendem Rechte besteht hier in der Regel nur eine Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug[7]). Anderseits ist diese Gefahr nament-

[1]) § 147, Abs. 1, der Novelle und oben S. 58, N. 4.

[2]) So auch Wellspacher, a. a. O., S. 21.

[3]) Wenigstens betonen die erläuternden Bemerkungen, S. 138, daß „der andere Teil zunächst nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes gegen Bewirkung oder Abrechnung der eigenen Leistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung, also den Ersatz des Interesses an der Erfüllung fordern kann“, daß es ihm aber auch unbenommen bleibt, im Falle des Rücktrittes „den trotz des Zurückbehaltens der eigenen Leistung sich ergebenden Schadenersatz zu fordern“.

[4]) Oben S. 59, N. 1.

[5]) § 148.

[6]) § 321 deutsches B. G. B.

[7]) §§ 1052, 1062 a. b. G. B. Die vorliegende Fassung der Novelle erregt allerdings den Anschein, als ob die neue Bestimmung die exceptio non adimpleti contractus, „und zwar im Gegensatze zum bisherigen Rechte,

lich dann begründet, wenn die Vermögensverhältnisse des anderen Teiles nach dem Vertragsabschlusse eine wesentliche Verschlechterung erfahren haben. Diesen beiden Umständen trägt die reichsdeutsche Regelung vollauf Rechnung, indem sie sowohl für die Geltendmachung dieser Einrede die Verpflichtung zur Vorleistung voraussetzt als auch die Einrede jedesmal dann für begründet ansieht, wenn nach dem Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt. Die Novelle unterläßt es dagegen zu betonen, daß es vor allem darauf ankommt, ob eine Verpflichtung zur Vorleistung besteht. Mit einigem guten Willen wird man ferner zwar aus der Novelle, obwohl sie darauf abstellt, ob die Gefährdung dem Leistungspflichtigen im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, herauslesen können und dürfen[1]), daß auch eine erst nach diesem Zeitpunkte eintretende Gefährdung zur Verweigerung der Leistung berechtigt. Aber die vom deutschen B. G. B. schließlich[2]) mit Recht verneinte

---

auf den Fall der Gefährdung der ausgebliebenen Gegenleistung" einschränken wollte (Steinlechner, a. a. O., S. 29; Wellspacher, a. a. O., S. 23, a. E.). Dagegen spricht aber wohl ebenso die Unzweckmäßigkeit, ja Widersinnigkeit solcher Absicht, wie der Umstand, daß die erläuternden Bemerkungen, S. 138, ausdrücklich den Fall der Verpflichtung zur Vorleistung im Auge haben. Immerhin zeugt auch dieses Beispiel wieder von dem Unvermögen der Novelle, das auszudrücken, was sie ausdrücken will.

[1]) Dieses Bedenken macht Wellspacher, a. a. O., S. 23, geltend.

[2]) Denn auch die von der Novelle und von dem ungarischen Entwurfe (§ 1159) in Aussicht genommene Lösung geht auf eine bei der Beratung des deutschen B. G. B. aufgetauchte Anregung zurück. Vgl. Protokolle, 1, S. 631. Sowohl die deutsche Anregung als auch der ungarische Entwurf haben jedoch den Vorzug vor der Novelle voraus, daß sie die beiden Fälle, nachträglich verschlechterte und schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene ungünstige Vermögenslage, gesondert behandeln. Der ungarische Entwurf (§ 1159) spricht zuerst (Abs. 1) von dem Falle der nachträglichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse und fährt dann (Abs. 2) fort: „Dieses Recht steht ihm nicht zu, wenn er die schlechten Vermögensverhältnisse der anderen Partei bei Abschluß

Frage ist, ob nicht nur eine nachträgliche Verschlechterung der Vermögenslage des anderen Teiles dazu befugen soll. Denn der Standpunkt der Novelle, die das Recht zur Verweigerung der Leistung auch wegen der schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen, nur dem Leistungspflichtigen entschuldbarerweise unbekannt gebliebenen, ungünstigen Vermögenslage des Gläubigers gewährt[1]), kommt einer Anfechtung wegen Irrtumes im Beweggrunde gleich, bedeutet daher eine Durchbrechung der sonst für den Irrtum maßgebenden Grundsätze[2]) und kann z. B. in der Anwendung auf Mietverträge zu bedenklichen Ergebnissen führen[3]).

Nicht sehr geglückt ist der Novelle endlich die Übernahme des allgemeinen Schikaneverbotes aus dem deutschen B. G. B.[4]). Man kann vor allem zweifeln, ob es überhaupt angezeigt wäre, diese Norm in unser bürgerliches Recht herüberzunehmen[5]). Denn man mag zwar vielleicht nicht gerade befürchten, daß dadurch nur unsere Rechtsprechung um einen bedenklichen Kautschukparagraphen bereichert würde[6]). Wohl

des Vertrages schon gekannt hat oder bei gehöriger Sorgfalt hätte kennen können...."

[1]) Man könnte allerdings zweifeln, ob nicht auch hier ein Fall vorliegt, in dem die Novelle etwas anderes sagt, als was sie eigentlich sagen wollte. Denn die erläuternden Bemerkungen (S. 138) meinen zwar, der Gläubiger verdiene diesen Schutz jedenfalls dann, wenn ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bekannt war, daß die Erfüllbarkeit des Vertrages durch die schlechten Vermögensverhältnisse der Gegenpartei gefährdet ist, sprechen dann aber nur davon, daß der andere Teil „mittlerweile" das Zutrauen zu seinem Vertragsgegner verloren hat.

[2]) Soweit das nicht der Fall ist, genügen die Grundsätze der Anfechtung wegen Irrtums in der Person. Das ist auch der Standpunkt des deutschen Reichsrechtes. Vgl. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 2[3], § 321, S. 139 f.

[3]) Diese Erwägungen waren für die ablehnende Haltung des deutschen B. G. B. entscheidend. Vgl. Protokolle, 1, S. 632.

[4]) §§ 226, 826 deutsches B. G. B.

[5]) Dagegen z. B. Krasnopolski, a. a. O., S. 13 f.; 26 f.; 37; Wellspacher, a. a. O., S. 24; Till, a. a. O., S. 31 f.

[6]) Gegen diese z. B. von Krasnopolski, a. a. O., S. 37, angedeutete Besorgnis Mitteis, a. a. O., S. 21 f.

aber scheint die Befürchtung begründet, daß die Schikane dadurch eher vermehrt als verhindert würde[1]). Diese Erwägung hielten denn auch die Redaktoren unseres a. b. G. B., denen der Gedanke an ein solches Schikaneverbot keineswegs fernlag[2]), für durchschlagend genug, um darauf zu verzichten[3]). Das dürfte aber noch heute zutreffen[4]). Jedenfalls erscheint das Verbot in der Form, in der es in die Novelle übergegangen ist, praktisch ziemlich wertlos[5]). Indem die beiden im deutschen B. G. B. selbständig auftretenden Sätze miteinander verschmolzen wurden, büßten sie auch an ihrer Bedeutung erheblich ein. Denn nunmehr ist auch die Ersatzpflicht dessen, der in einer gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßenden Weise einem anderen absichtlich Schaden zufügt, nur begründet, wenn die Schadenszufügung nicht in Ausübung eines Rechtes oder zwar in Ausübung eines solchen, aber nur zu dem Zwecke geschah, einem anderen Schaden zuzufügen, und setzt die Norm in jedem Falle einen bereits zugefügten Schaden voraus, entbehrt sie also auch der ihr im deutschen Reichsrechte verliehenen prophylaktischen Bedeutung[6]).

* * *

Noch weniger Geschick als bei der Übernahme fremden Rechtes zeigt die Novelle schließlich dort, wo sie anscheinend völlig freie Bahn beschreitet. Das hat sich bereits bei den wenigen selbständigen Neuerungen in der Irrtumslehre gezeigt[7]) und äußert sich auch in der eigentlich einzigen Originalschöpfung der obligationenrechtlichen Bestimmungen, in der Sondernorm für die positive Vertragsverletzung im engeren

---

[1]) Vgl. Till, a. a. O., S. 31 f.

[2]) Vgl. Urentwurf II, § 255, III, § 84.

[3]) Vgl. Ofner, Urentwurf, 2, S. 189.

[4]) Vor allem setzt das Verbot, wie Krasnopolski, a. a. O., S. 13, mit Recht betont, eine Regelung des Nachbarrechtes voraus, da es vornehmlich die Ausübung des Eigentumsrechtes im Auge hat.

[5]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 24.

[6]) Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 26 f. und oben S. 22, N. 1.

[7]) §§ 122, 123, 124, 125 der Novelle. Siehe oben S. 9, N. 6; S. 12, N. 3 und 4; S. 15, N. 1, S. 15, N. 2; S. 43, N. 4 bis 7.

Sinne[1]). „Wenn aus einem entgeltlichen Vertrage", ist dort bestimmt, „ein Teil zu einer Unterlassung verpflichtet ist und dieser Verpflichtung zuwiderhandelt, kann der andere Teil für den Fall erneuter Zuwiderhandlung den Rücktritt von dem Vertrage ankündigen". Wo dem Schuldner nicht dauernde oder wenigstens zeitweilige Unterlassungen auferlegt sind, wo es sich vielmehr nur um Untätigkeit des Schuldners bei einer einzelnen Gelegenheit oder in einem bestimmten Zeitpunkte handelt, ist diese Bestimmung von vornherein unanwendbar.

In solchem Falle kann nur von einem Schadenersatzanspruche die Rede sein[2]), der „in concreto auch in dem Anspruch auf Rückleistung des Entgeltes sich verwirklichen kann" [3]). Der Fall liegt mit anderen Worten nicht anders als sonst, wenn die Leistung des einen Teiles durch einen von ihm zu vertretenden Umstand — hier durch sein Zuwiderhandeln — unmöglich geworden ist. Das gibt aber zugleich einen Fingerzeig dafür, daß auch der durch die Novelle ausdrücklich geregelte Fall wiederholten Zuwiderhandelns keiner besonderen Regelung bedürfte. Gewiß sind in solchem Falle die für den Verzug vorgesehenen Normen nicht anwendbar[4]). Denn hat der Schuldner einmal das Gegenteil des ihm Auferlegten getan, kann von einem Leistungsverzuge nicht mehr die Rede sein. Es kann sich vielmehr nur darum handeln, Wiederholungen der Zuwiderhandlung hintanzuhalten oder mit besonderen Rechtswirkungen auszustatten[5]). Die Novelle gewährt das Recht zur Androhung des Rücktrittes für den Fall erneuter Zuwiderhandlung. Auch das würde sich von selbst verstehen. Denn wo wiederholte Zuwiderhandlungen möglich sind, begründet jede einzelne eine teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung und damit die daran[6]) geknüpften Rechtsfolgen. Viel

[1]) § 146 der Novelle.

[2]) Vgl. Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, Archiv f. d. ziv. Praxis, 92, S. 64.

[3]) Erläuternde Bemerkungen, S. 138.

[4]) Erläuternde Bemerkungen, S. 138.

[5]) Vgl. Wendt, a. a. O., S. 68f.

[6]) § 145, Satz 2, der Novelle.

wirksamer wäre aber die Gewährung einer Klage auf Unterlassung[1]), die ja der Novelle nicht fremd ist[2]).

Vollends verfehlt ist die ebenfalls originelle Bestimmung, daß das zum Zwecke eines verbotenen Spieles gegebene Darlehen nicht zurückgefordert werden kann[3]). Ein solches Darlehen kann, muß aber nicht gegen die guten Sitten verstoßen[4]). So allgemein, wie die Novelle es aufstellt, ist das Verbot jedenfalls unzutreffend[5]). Das wirklich gegen die guten Sitten verstoßende Spieldarlehen ist durch das allgemeine Verbot solcher Geschäfte überhaupt hinlänglich gedeckt und bedarf keiner besonderen Vorschrift. Wenn schon die Spielfrage angeschnitten werden sollte, wäre jedenfalls eine Lösung des Zweifels, ob eine im vorhinein für derartige Spiel- oder Wettverluste, insbesondere für Differenzgeschäfte geleistete Deckung zurückgefordert werden kann, dringlicher[6]).

* * *

Überblickt man demnach diese mancherlei mißlungenen Bestimmungen der Novelle, so kann es kaum als übertrieben gelten, wenn man bereits behauptete, daß sie neben mancher Neuerung von fragwürdigem Werte manches bringe, was geradezu als eine Verschlechterung des geltenden Rechtes angesehen werden

---

[1]) Vgl. z. B. § 550 deutsches B. G. B. Artikel 119 des schweizerischen Ergänzungsentwurfes.

[2]) Vgl. § 1, Abs. 2, der Novelle.

[3]) § 128, letzter Abs., der Novelle.

[4]) Vgl. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes, 1903, S. 509 ff.; v. Schey, Obligationsverhältnisse, 1, S. 92 ff.

[5]) Vgl. Wellspacher, a. a. O., S. 14; Till, a. a. O., S. 30. Mit Recht weist Wellspacher, a. a. O., S. 14, auch auf die Gefahr hin, daß man das Darlehen zu verbotenem Spiel nach dem Gesetze als unsittliches Geschäft betrachten und demgemäß überhaupt Zweck und Motive eines Geschäftes als dafür entscheidend ansehen könnte, ob das betreffende Geschäft gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoße, womit der Schikane des Schuldners und der Willkür des Richters der weiteste Spielraum eröffnet würde.

[6]) Vgl. Mayr, Zur Frage der Revision, S. 27, N. 125; Der Bereicherungsanspruch, S. 506 ff.

müsse[1]). Dazu wird man die Antwortpflicht des Empfängers eines Vertragsantrages nach § 119, Abs. 2, der Novelle[2]), manche Neuerung auf dem Gebiete der Irrtumslehre[3]), die eben erörterte Norm für das Spieldarlehen und schließlich auch die Art der Formalisierung des Erbschaftskaufes[4]) unbedenklich rechnen dürfen. Denn es mag zwar richtig sein, daß „die Ernstlichkeit des Willens und die genaue Überlegung der Bedeutung des Geschäftes“ beim Erbschaftskaufe mit Rücksicht auf seine weitgehenden Folgen eines besonderen Ausdruckes bedürfen und daß das Erfordernis der Schriftlichkeit kein Verkehrshemmnis begründen würde[5]). Allein gerade auf die Hauptmasse der Erbschaftskäufe, nämlich auf die allein praktische Erbschaftsveräußerung vor der Einantwortung paßt das Erfordernis der Schriftlichkeit nicht. Dafür gibt es nur eine zweckmäßige Form, die Anzeige an das Abhandlungsgericht, die selbstverständlich ebenfalls überflüssig ist, wenn das Übereinkommen vor dem Abhandlungsgerichte selbst getroffen worden ist[6]).

---

[1]) Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, 1908, S. 68, der als Beispiele anführt: §§ 60, 105 ff., 110, 119, Abs. 2, 124, 190, 191 der Novelle.

[2]) Siehe oben S. 43, N. 3.

[3]) Namentlich § 124 der Novelle, a. E., und dazu oben S. 65, N. 1 bis 5.

[4]) § 130, Abs. 2, der Novelle.

[5]) Erläuternde Bemerkungen, S. 129; allerdings nicht, wie sie zu glauben scheinen, weil Erbschaftskäufe selten vorkommen. Denn eher ist das Gegenteil richtig. Vgl. Ehrenzweig, Juristische Blätter, 1908, S. 88; Schiffner, Die Erbrechtsreform, S. 85.

[6]) Vgl. Ehrenzweig, a. a. O., S. 88; zustimmend Wellspacher, a. a. O., S. 15, N. 12, und Schiffner, a. a. O., S. 86, N. 2.

VII. Schluß.

Erwägt man die mannigfaltigen systematischen, sprachlichen, technischen und inhaltlichen Mängel der Novelle, die hier nicht als vereinzelte, sondern als typische Erscheinungen aufgezeigt werden konnten, so wird ein darauf fußendes Gesamturteil kaum besonders günstig ausfallen können. Schwerlich wird sich mehr zum Lobe der Novelle sagen lassen, als daß damit „gesetzgeberische Fragen von weittragender Bedeutung angeregt und zur Diskussion gebracht" wurden[1]) und der energische Versuch gemacht erscheint, mit der Revision des a. b. G. B. zu beginnen und „modernen Rechtsideen Eingang in unser Recht zu verschaffen"[2]). Den Haupterfolg der Novelle wird man aber vielleicht, so schmerzlich diese Erkenntnis für die mühevolle und in mancher Hinsicht gewiß dankenswerte Arbeit der Verfasser der Novelle sein mag, darin finden müssen, daß sie deutlich zeigt, wie man sich in demselben Maße, in dem man den von Unger gewiesenen schmalen Weg[3]) verläßt, bereits auf Irrwege begibt. Auch die Novelle beweist nur, daß eine Umarbeitung unseres a. b. G. B. nicht möglich sein wird, bevor durch theoretische Vorarbeiten und Durchforschung der Spruchpraxis sichergestellt ist, was und wie reformiert werden soll, daß Experimente am Gesetzbuche selbst bloß dessen schönen und stolzen Bau ins Wanken zu bringen drohen[4]).

---

1) Till, a. a. O., S. 34.

2) Krasnopolski, a. a. O., S. 39.

3) Siehe oben S. 7.

4) Vgl. Mayr, Zur Frage der Revision, S. 32 ff.; 35.

Dringender als die Schaffung neuen Rechtes scheint vorerst die Sammlung und Sichtung des vorhandenen Rechtsstoffes[1]). Ist einmal das geschehen, wird sich zum Teile von selbst zeigen, wo und wie der Hebel anzusetzen ist, um Unbrauchbares zu entfernen, Neues anzubauen. Aber auch diese Um- und Zubauten werden zunächst besser, soweit es sich nicht bloß um Aufhebung oder Abänderung einzelner Bestimmungen handelt, die ohne Eingriff in das große Ganze geschehen können, in Form von Sondergesetzen erfolgen, bis die Zeit gekommen sein wird, das ehrwürdige Gebäude unseres a. b. G. B. ganz oder stückweise abzutragen und durch einen innerlich vollendeten Neubau zu ersetzen.

---

1) Siehe oben S. 63, N. 3.

Anhang.

Regierungsvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

Anhang.

Regierungsvorlage.

Nr. $\frac{19}{\text{H. H.}}$

Gesetz

vom . . . .,

betreffend

die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

Mit Zustimmung der beiden Häuser des Reichsrates finde Ich anzuordnen, wie folgt:

Artikel I.

Zur Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches werden die nachfolgenden Bestimmungen erlassen:

1. Abschnitt.

Personenrechtliche Bestimmungen.

1. Titel.

Schutz des Namens.

§ 1.

Wird jemandem das Recht zur Führung eines Namens (Decknamens) bestritten, so kann er auf Feststellung seines Rechtes klagen.

Wird jemand durch Anmaßung seines Namens (Decknamens) beeinträchtigt, so kann er auf Unterlassung dieser Anmaßung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen.

§ 2.

Unberührt bleiben die bestehenden Vorschriften über die Führung und Berichtigung der Standesregister.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Bestreitungen und Anmaßungen keine Anwendung, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes geschehen sind.

2. Titel.

Fristen für die Todeserklärung.

§ 3.

§ 24 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wenn ein Zweifel entsteht, ob ein Abwesender oder Vermißter noch am Leben sei oder nicht, so wird sein Tod nur unter folgenden Umständen vermutet:

1. wenn seit seiner Geburt ein Zeitraum von siebzig Jahren verstrichen und seit fünf Jahren keine Nachricht von seinem Leben eingegangen ist, oder wenn seit seiner Geburt ein Zeitraum von dreißig Jahren verstrichen und seit zehn Jahren keine Nachricht von seinem Leben eingegangen ist;

2. wenn er im Kriege schwer verwundet oder als Teilnehmer an dem Kriege während desselben vermißt worden ist, nach Beendigung des Krieges drei Jahre verstrichen sind und seit seiner Verwundung oder seitdem er vermißt wird, keine Nachricht von seinem Leben eingegangen ist;

3. wenn er auf einem Schiffe, das unterging, oder wenn er in einer anderen nahen Todesgefahr gewesen ist und seit der Zeit durch drei Jahre vermißt wird. Der Untergang des Schiffes wird vermutet, wenn es am Orte seiner Bestimmung nicht eingetroffen oder in Ermanglung eines festen Reisezieles nicht zurückgekehrt ist und seit der letzten Nachricht über das Schiff drei Jahre oder, falls die Fahrt von dem Orte, an dem sich das Schiff damals befand, bis zum Bestimmungs-

oder zum Ausfahrtsorte längere Zeit erfordert, die hierzu erforderliche längere Zeit verstrichen ist. Als Tag des Unterganges gilt der letzte Tag dieser Frist.

In allen diesen Fällen kann die Todeserklärung angesucht werden.

Die in Z. 1 bezeichneten Fristen von fünf und zehn Jahren sind vom Schlusse des letzten Jahres zu berechnen, in dem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat, die in Z. 2 bezeichnete dreijährige Frist vom Schlusse des Jahres, innerhalb dessen der Krieg beendigt worden ist, die in Z. 3 festgesetzte Frist endlich vom Schlusse des Jahres, in das der Untergang des Schiffes oder der Eintritt der nahen Todesgefahr fällt.

§ 4.

Die Vorschriften des § 3 finden auch auf diejenigen Fälle Anwendung, in denen bei Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes das Verfahren zum Zwecke der Todeserklärung bereits anhängig ist, eine Entscheidung über die Todeserklärung in erster Instanz jedoch noch nicht gefällt wurde.

3. Titel.

Fähigkeit der Frauen zur Verwendung als Solennitäts-, Akts-, Urkunds- und Identitätszeugen.

§ 5.

Frauen können bei Errichtung schriftlicher Urkunden und bei letzten Anordnungen Zeugen sein und bei Errichtung von Notariatsakten als Aktszeugen, sowie bei gerichtlichen und notariellen Beglaubigungen oder anderen notariellen Beurkundungen als erster oder einziger Identitätszeuge zugezogen werden. Ihre Mitfertigung als Zeugen auf Privaturkunden in geringfügigen Grundbuchssachen kann die Mitfertigung männlicher Zeugen ersetzen.

§ 6.

Die Bestimmungen des § 5 finden auf Urkunden und letzte Anordnungen, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses

Gesetzes errichtet wurden, und auf Beglaubigungen und andere Beurkundungen, die vor diesem Zeitpunkte erfolgt sind, keine Anwendung.

2. Abschnitt.

Familienrechtliche Bestimmungen.

1. Titel.

Anfechtung der Ehelichkeit der Geburt.

§ 7.

Die eheliche Geburt eines Kindes kann in dem Falle, als vor Beginn oder Ablauf der Bestreitungsfrist (§ 158 a. b. G. B.) für den Ehemann wegen Geisteskrankheit ein Kurator bestellt worden ist, von letzterem bestritten werden.

Die Klage muß innerhalb dreier Monate nach dem Tage, an dem der Kurator von der Geburt des Kindes Nachricht erhalten hat und, wenn sie ihm vor seiner Bestellung zur Kenntnis gelangt ist, innerhalb dreier Monate nach dem Tage seiner Bestellung angebracht werden.

§ 8.

Ein vom gesetzlichen Vertreter des entmündigten Ehemannes eingeleiteter Prozeß ist einzustellen, sowie der im Besitze seiner Handlungsfähigkeit stehende Ehemann vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils die Ehelichkeit der Geburt des Kindes vor dem Gerichte erster oder höherer Instanz, bei dem die Sache anhängig ist, anerkennt.

§ 9.

Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch in betreff der vor Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes geborenen Kinder, sofern die für die Bestreitung der ehelichen Geburt in Frage kommende Frist am Tage des Inkrafttretens des Gesetzes noch nicht abgelaufen ist.

2. Titel.

Fürsorge für die unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen.

§ 10.

Wenn zwar nicht alle Bedingungen für die Entziehung der väterlichen Gewalt gegeben sind, der Vater (Wahlvater) aber das Kind vernachlässigt, die väterliche Gewalt mißbraucht oder die mit ihr verbundenen Pflichten zu erfüllen unterläßt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, kann das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefährdung des Kindes erforderlichen Vorkehrungen anordnen. Das Vormundschaftsgericht kann insbesondere anordnen, daß der Vater je nach den Verhältnissen hinsichtlich der Vermögensverwaltung oder hinsichtlich der Fürsorge für die Person des Kindes unter die Aufsicht des Gerichtes gestellt und einem Vormund gleichgehalten werde. Diese Anordnung ist dem Vormundschaftsrate anzuzeigen (§ 36, Absatz 3).

§ 11.

Wenn eine dem Kinderschutze oder der Kinderfürsorge gewidmete Anstalt oder ein solcher Verein ohne Entgelt die Pflege und Erziehung eines verlassenen oder verwahrlosten oder eines Kindes übernommen hat, dem die Eltern die notwendige Aufsicht und Erziehung nicht gewähren können, kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag der Leitung der Anstalt oder des Vereines nach Untersuchung des Falles und nach Anhörung der Eltern des Kindes aussprechen, daß das Kind vor Beendigung seiner Erziehung nur mit Zustimmung des Gerichtes der Anstalt oder dem Vereine gegen ihren Willen abgenommen werden kann.

3. Titel.

Berufung von Frauen zur Vormundschaft und Kuratel.

§ 12.

Frauen können zum Vormund oder Kurator bestellt werden.



Mit Ausnahme der Mutter und Großmutter des Kindes kann jedoch eine Frau gegen ihren Willen zur Übernahme einer Vormundschaft oder Kuratel nicht verhalten werden.

In § 192 a. b. G. B. haben die Worte „Personen weiblichen Geschlechtes“, in § 198 a. b. G. B. die Worte „männlichen Geschlechtes“ zu entfallen.

§ 13.

Ehefrauen können eine Vormundschaft oder Kuratel nur mit Zustimmung ihres Gatten übernehmen. Dieser Zustimmung bedarf es jedoch nicht, wenn die Vormundschaft oder Kuratel über ein Kind der Frau übernommen werden soll oder wenn der Ehemann wegen Geisteskrankheit entmündigt oder die Ehe gerichtlich geschieden ist.

Die vom Gatten versagte oder widerrufene Zustimmung kann auf Ansuchen der Ehefrau durch den Ausspruch des Richters ersetzt werden, wenn durch die Übernahme oder Fortführung der Vormundschaft oder Kuratel die Rechte des Ehemannes einer Gefährdung nicht ausgesetzt werden.

§ 14.

§ 255 a. b. G. B. hat zu lauten:

Das Vormundschaftsgericht kann die Entlassung einer zum Vormund bestellten Frau von Amts wegen oder auf Ansuchen verordnen, wenn sie sich verheiratet.

Zum Vormund bestellte verheiratete Frauen sind zu entlassen, wenn die notwendige Zustimmung des Ehegatten zur Führung der Vormundschaft widerrufen wird.

§ 15.

§ 211 a. b. G. B. hat zu lauten:

Das Vormundschaftsgericht hat einer zum Vormund bestellten Frau einen Mann als Mitvormund beizugeben:

1. wenn die eheliche Mutter zum Vormund bestellt wird und der Vater die Bestellung eines Mitvormundes durch letztwillige Verfügung angeordnet hat, vorausgesetzt, daß ihm zur Zeit seines Todes die väterliche Gewalt über den Minderjährigen zustand;

2. wenn die Vormünderin die Bestellung eines Mitvormundes verlangt;

3. wenn das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen, insbesondere wegen des Umfuges oder der Schwierigkeit der Vermögensverwaltung die Bestellung eines Mitvormundes durch das Interesse des Mündels geboten erachtet;

4. wenn die uneheliche Mutter zum Vormund bestellt wird und die Mitwirkung eines Mitvormundes zur Wahrung der Rechte und Interessen des unehelichen Kindes notwendig ist.

Bei der Wahl des Mitvormundes ist vor allem auf den erklärten Willen des Vaters, dann auf den Vorschlag der Vormünderin, endlich auf die Verwandten des Minderjährigen Rücksicht zu nehmen.

§ 16.

An Stelle eines vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes ernannten Vormundes oder Kurators kann auf Antrag der Mutter oder Ehefrau des Pflegebefohlenen diese zum Vormund oder Kurator bestellt werden.

Müttern und Großmüttern beigegebene Mitvormünder hat das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen zu entlassen, sofern nach den vorstehenden Bestimmungen ein Mitvormund nicht zu bestellen ist.

4. Titel.

Eignung zur Übernahme einer bestimmten Vormundschaft oder Kuratel.

§ 17.

Der Bestand unberichtigter Forderungen zwischen dem Minderjährigen oder Pflegebefohlenen und der zum Vormund oder Kurator berufenen Person schließt von der Bestellung zum Vormund oder Kurator nicht aus; es hat vielmehr das Vormundschaftsgericht im einzelnen Falle zu beurteilen, wie weit die Eignung der Person zur Übernahme der Vormundschaft oder Kuratel durch diese Rechtsbeziehung beeinflußt werde.

§ 18.

§ 194 a. b. G. B. hat zu lauten:

Die Bestellung zum Vormund ist nicht durch den Wohnsitz oder Aufenthalt in dem Lande bedingt, in dem das Vormundschaftsgericht gelegen ist.

Die Übernahme dieses Amtes kann aber ablehnen, wer es wegen der Entfernung seines Wohnsitzes von dem Vormundschaftsgerichte nur schwer oder mit Aufwand erheblicher Kosten ausüben könnte.

5. Titel.

Sorge für die Person und die Erziehung der Kinder im Falle der Scheidung oder Trennung der Ehe.

§ 19.

§ 142 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wenn im Falle der Scheidung oder Trennung der Ehe die Ehegatten nicht mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes eine Vereinbarung darüber getroffen haben, von welchem Teile die Kinder gepflegt und erzogen werden sollen, hat das Vormundschaftsgericht unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles mit Bedachtnahme auf Beruf, Persönlichkeit und Eigenschaften der Ehegatten und auf die Ursachen der Scheidung oder Trennung zu entscheiden, ob die Pflege und Erziehung aller oder welcher Kinder dem Vater oder der Mutter zu überlassen ist.

Der andere Ehegatte behält dessenungeachtet die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln.

Die Anordnung des Vormundschaftsgerichtes kann nach Erfordernis geändert oder aufgehoben werden.

Die Kosten der Erziehung sind vom Vater zu tragen.

§ 20.

Vereinbarungen der Ehegatten oder gerichtliche Verfügungen über die Erziehung der Kinder, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes zustande gekommen sind, bleiben

aufrecht. Die Vorschriften des § 19, Absatz 2 bis 4, finden jedoch auf solche Fälle Anwendung.

6. Titel.

Fürsorge für uneheliche Kinder.

§ 21.

Die Matrikenführer haben dem Bezirksgerichte ihres Amtssitzes und, wenn sich der Matrikenbezirk auf mehrere Bezirksgerichtssprengel erstreckt, jedem einzelnen dieser Bezirksgerichte periodische Verzeichnisse der im fraglichen Bezirksgerichtssprengel vorgekommenen unehelichen Geburten mitzuteilen. Das Verzeichnis hat zu enthalten: Vor- und Zuname, Geburtsort und Geburtstag des Kindes, dann nach Maßgabe der Eintragung der Matrik Vor- und Zuname, Beschäftigung und Wohnort der Eltern und, soweit dieser Umstand bekannt ist, die Staatsbürgerschaft der Mutter.

Die näheren Anordnungen sind im Verordnungswege zu erlassen.

§ 22.

Für die unehelichen Kinder hat das Gericht unverweilt einen Vormund zu bestellen und, wenn dies zur Wahrung der Rechte des Kindes nötig ist, dafür Sorge zu tragen, daß die Vaterschaft im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkannt oder im Prozeßwege gerichtlich festgestellt werde. Wird die Vaterschaft anerkannt, so hat das Gericht das Ausmaß der dem Vater nach dem Gesetze obliegenden Leistungen im Verfahren außer Streitsachen von Amts wegen festzustellen, wenn aber die Entscheidung von der Ermittlung streitiger Tatsachen abhängt, die mit den Mitteln des Verfahrens außer Streitsachen nicht festgestellt werden können, den Vormund zur Erhebung der Klage anzuweisen.

Von der gerichtlichen Feststellung des Ausmaßes der Unterhaltspflicht ist abzusehen, wenn der uneheliche Vater seinen Pflichten im vollen Umfange freiwillig nachkommt oder wenn es nach seinen Verhältnissen ganz ausgeschlossen ist, daß er zum Unterhalt etwas beizutragen vermag.

§ 23.

Muß nach den Umständen des Falles für das uneheliche Kind die Armenversorgung in Anspruch genommen werden, so hat das Gericht dem Vormund zu diesem Behufe an die Hand zu gehen und erforderlichenfalls auf die Entscheidung über das Heimatsrecht des Kindes von Amts wegen hinzuwirken.

§ 24.

Schon vor der Geburt des Kindes kann auf Antrag der Mutter durch einstweilige Verfügung angeordnet werden, daß der Vater den für die ersten drei Monate dem Kinde zu gewährenden Unterhalt alsbald nach der Geburt an die Mutter oder an den Vormund zu zahlen und den erforderlichen Betrag angemessene Zeit vor der Geburt bei Gericht zu erlegen hat.

Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des Anspruches glaubhaft gemacht wird.

§ 25.

Soweit nicht rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen über Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder vorliegen oder derentwegen bereits ein gerichtliches Verfahren anhängig ist, finden die vorstehenden Bestimmungen vom Tage des Inkrafttretens des gegenwärtigen Gesetzes ohne Rücksicht auf die Zeit der Geburt des unehelichen Kindes Anwendung.

§ 26.

Dem § 171 a. b. G. B. ist beizufügen:

Wenn die Vaterschaft vom Vater gerichtlich anerkannt oder wenn sie im Prozeßwege festgestellt worden ist, kann ein uneheliches Kind, das zur Zeit des Ablebens des Vaters in dessen Hause verpflegt und erzogen wird, die ihm bis zum Tode des Vaters gewährte Verpflegung und Erziehung auch weiterhin bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit fordern, jedoch nicht in einem höheren Maße, als nach dem hinterlassenen Vermögen solche Verpflegung und Erziehung den ehelichen Kindern zuteil werden kann. Die Erben des Vaters sind in diesem Falle berechtigt, das uneheliche Kind mit dem Betrage abzu-

finden, der ihm als Pflichtteil gebühren würde, wenn es ehelich wäre. Eine vertragsmäßige Abfindung ist in diesen Betrag einzurechnen. Sind mehrere uneheliche Kinder vorhanden, so wird die Abfindung so berechnet, wie wenn sie alle ehelich wären.

§ 27.

Die Bestimmungen des § 26 finden keine Anwendung, wenn der Vater des unehelichen Kindes vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes gestorben ist.

7. Titel.

Entbindungs- und Wochenbettkosten der unehelichen Mutter.

§ 28.

Der außereheliche Vater ist verpflichtet, der Mutter die Kosten der Entbindung sowie die Kosten ihres Unterhaltes für die ersten 6 Wochen nach der Entbindung und, falls infolge der Entbindung weitere Aufwendungen notwendig werden, auch die dadurch entstehenden Kosten zu ersetzen.

Der Anspruch verjährt in drei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Ablauf von sechs Wochen nach der Entbindung.

§ 29.

Auf Antrag der Mutter kann durch einstweilige Verfügung noch vor der Entbindung angeordnet werden, daß der Vater den gewöhnlichen Betrag der nach § 28 zu ersetzenden Kosten alsbald nach der Entbindung an die Mutter zu zahlen und den erforderlichen Betrag angemessene Zeit vor der Geburt bei Gericht zu erlegen hat.

Die Bestimmung des § 24, Absatz 2, findet auch in diesem Falle Anwendung.

§ 30.

Die Vorschrift des § 28 hat keine rückwirkende Kraft, gilt jedoch für alle nach dem Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes stattfindenden Entbindungen unehelicher Mütter.

8. Titel.

Vormundschaftsrat.

§ 31.

Zur Unterstützung der Gerichte bei Ausübung der Vormundschafts- und Kuratelsgerichtsbarkeit sind Vormundschaftsräte zu bilden.

§ 32.

Aufgabe des Vormundschaftsrates ist es, dem Gerichte von den tatsächlichen Verhältnissen, die für ein pflegschaftsbehördliches Eingreifen oder für den Inhalt zu erlassender Verfügungen wesentlich sind, erschöpfende, wahrheitsgetreue Mitteilung zu machen, solche Verfügungen, wo es nötig scheint, unmittelbar anzuregen und ebenso erforderlichenfalls über die Durchführung wichtiger pflegschaftsbehördlicher Anordnungen Gewißheit zu verschaffen. Der Vormundschaftsrat hat daher insbesondere auf Anweisung des Vormundschaftsgerichtes die Gebarung der Vormünder und Kuratoren der in seinem Sprengel sich aufhaltenden Pflegebefohlenen, deren Obsorge für die Person und das Vermögen des Pflegebefohlenen sowie die Lebensverhältnisse und die Erziehung und Aufführung der Pflegebefohlenen selbst zu überwachen. Er hat dem Vormundschaftsgericht Mängel und Pflichtwidrigkeiten, die er hierbei wahrnimmt und durch Belehrung und Ermahnung nicht zu beseitigen vermag, unverweilt anzuzeigen und alle Beschwerden zu dessen Kenntnis zu bringen, die von Pflegebefohlenen oder anderen Personen wegen Führung einer Vormundschaft oder Kuratel erhoben werden und zu einer pflegschaftsbehördlichen Vorkehrung Anlaß bieten können. Erfährt der Vormundschaftsrat von einer Gefährdung des Vermögens des Mündels, so hat er gleichfalls hiervon unverzüglich das Vormundschaftsgericht zu benachrichtigen.

§ 33.

Das Vormundschaftsgericht kann dem Vormundschaftsrate die Entgegennahme der Angelobung von Vormündern, Mitvormündern und Kuratoren und die Bestätigung dieser An-

gelobung übertragen und ihn zur gutachtlichen Äußerung über die Zweckmäßigkeit und Angemessenheit beantragter oder geplanter Vorkehrungen hinsichtlich der Person oder des Vermögens des Pflegebefohlenen auffordern.

Der Vormundschaftsrat ist ferner berechtigt, dem Gerichte diejenigen Maßregeln und Einrichtungen aus eigenem Antriebe zu bezeichnen, die nach seinen Wahrnehmungen oder Erfahrungen, sei es allgemein, sei es im einzelnen Sprengel einzuführen wären, um die Zwecke der staatlichen Vormundschaftspflege besser zu erfüllen und den Pflegebefohlenen, insbesondere auch in bezug auf ihre persönliche Ausbildung und Entwicklung, alle Vorteile des staatlichen Schutzes zuteil werden zu lassen.

§ 34.

Wenn dem Vormundschaftsrate vom Vormundschaftsgericht die Vormundschaft über Minderjährige übertragen wird, für die ein anderer Vormund nicht bestellt ist, kommen ihm die Befugnisse und Obliegenheiten eines Vormundes zu.

Unbeschadet anderweitiger gesetzlicher Anordnungen kann im Verordnungswege dem Vormundschaftsrate die Aufsicht über die an Privatpersonen in Kost und Pflege gegebenen Kinder im Alter unter 14 Jahren (Ziehkinder) übertragen und die Befugnis zur Übernahme von Ziehkindern von der Erteilung einer Bewilligung des Vormundschaftsrates abhängig gemacht werden.

§ 35.

In den Wirkungskreis des Vormundschaftsrates fällt daher insbesondere auch:

1. die Erstattung der Anzeige an das Vormundschaftsgericht, wenn der Vormundschaftsrat davon erfährt, daß die notwendige Bestellung eines Vormundes, Mitvormundes oder Kurators unterblieben ist;

2. die Erstattung der Anzeige an das Vormundschaftsgericht, wenn wegen Vernachlässigung der Verpflegung und Erziehung oder Mißbrauches der elterlichen Rechte oder Nichterfüllung der mit ihnen verbundenen Pflichten oder wegen

eingetretener oder drohender Verwahrlosung von Kindern eine Verfügung des Vormundschaftsgerichtes notwendig erscheint;

3. die Benennung geeigneter Personen, die sich zur Übernahme einer Vormundschaft oder Kuratel bereit erklärt haben; diese Benennung ist erforderlichenfalls schon mit der Erstattung der Anzeige nach Z. 1 und 2 zu verbinden;

4. die Mitwirkung bei der Berufswahl von Pflegebefohlenen, die ihre Schulpflicht vollenden; der Vormundschaftsrat hat, wo seine Mitwirkung und Vermittlung zu diesem Zwecke erforderlich ist, dem gesetzlichen Vertreter des Pflegebefohlenen an die Hand zu gehen und sich für die angemessene Unterbringung des Pflegebefohlenen in einem für ihn passenden Berufe zu verwenden. Durch Verordnung ist zu bestimmen, wie weit die Schulbehörden zu diesem Zwecke den Vormundschaftsrat vom Austritte Minderjähriger aus der Schule zu benachrichtigen haben.

§ 36.

Die Vormundschaftsräte unterstehen dem Gerichte ihres Sprengels. An Orten, wo sich ein Gerichtshof erster Instanz befindet, hat das Bezirksgericht und, wenn an dem Orte mehrere Bezirksgerichte sind, das Bezirksgericht des Sprengels des einzelnen Vormundschaftsrates die Aufsicht über den Vormundschaftsrat zu führen.

Die Vormundschaftsräte haben in Ansehung der in ihrem Sprengel sich aufhaltenden Pflegebefohlenen allen innerhalb ihres Wirkungskreises an sie ergehenden gerichtlichen Aufträgen und Anfragen ohne Aufschub zu entsprechen. Das Gericht seines Sprengels (Gerichtshof, Bezirksgericht) kann den Vormundschaftsrat nach Bedarf zur gemeinsamen Erörterung einzelner eine bestimmte Vormundschaft oder Kuratel betreffender Angelegenheiten, zur Beratung allgemeiner Maßregeln, zur Feststellung der für das Zusammenwirken von Gericht und Vormundschaftsrat maßgebenden Grundsätze und Gesichtspunkte und zur Beratung über die Abstellung von Mängeln in der Tätigkeit des Vormundschaftsrates oder im

wechselseitigen Verkehr 'zwischen Gericht und Vormundschafts-rat einberufen.

Das Vormundschaftsgericht hat dem Vormundschaftsrat die Anordnung der Vormundschaft oder Kuratel über einen sich im Sprengel des Vormundschaftsrates aufhaltenden Pflegebefohlenen unter Bezeichnung des Vormundes, Mitvormundes oder Kurators und jeden Wechsel in der Person der letzteren anzuzeigen. Wird der Aufenthalt eines Pflegebefohlenen in den Sprengel eines anderen Vormundschaftsrates verlegt, so ist dies von dessen gesetzlichem Vertreter dem Vormundschaftsrate des bisherigen Aufenthaltsortes und von letzterem dem Vormundschaftsrate des neuen Aufenthaltsortes mitzuteilen.

§ 37.

Zum Zwecke der Durchführung seiner Aufgaben kann der Vormundschaftsrat sich mit öffentlichen Körperschaften, mit Anstalten und Vereinen in Verbindung setzen und Funktionäre und Mitglieder solcher Vereine oder andere Personen damit betrauen, unter seiner Leitung und Aufsicht einzelne ihnen zugewiesene Geschäfte oder Gruppen von Geschäften zu besorgen (Waisenpfleger, Waisenpflegerinnen).

Diese Pfleger können insbesondere zur Einziehung von Erkundigungen und zur periodischen Nachschau und Überwachung verwendet werden. Die Beaufsichtigung von Kindern unter sieben Jahren und die Überwachung der weiblichen Mündel über sieben Jahre ist in der Regel Waisenpflegerinnen zu übertragen.

Die Waisenpfleger (Waisenpflegerinnen) können auch den Verhandlungen des Vormundschaftsrates mit beratender Stimme beigezogen werden. Es ist ihnen eine Bestellungsurkunde auszufertigen.

§ 38.

Soweit nicht die Ausübung ihres Amtes ein anderes fordert, haben die Mitglieder des Vormundschaftsrates über die von ihnen bei Ausübung ihres Amtes gemachten Wahrnehmungen gegenüber anderen als den Gerichts- und den in

Angelegenheiten der politischen und Unterrichtsverwaltung beteiligten Behörden Verschwiegenheit zu beobachten.

§ 39.

Der Sprengel eines Vormundschaftsrates hat in der Regel das Gebiet einer Gemeinde (Gutsgebietes) zu umfassen; es können jedoch in derselben Gemeinde für örtlich abgegrenzte Teile des Gemeindegebietes mehrere besondere Vormundschaftsräte gebildet werden.

Für benachbarte Gemeinden desselben Bezirksgerichtssprengels oder für Teile solcher Gemeinden, ferner für benachbarte Gutsgebiete (Gutsgebietsteile) und Gemeinden (Gemeindeteile) kann ein gemeinschaftlicher Vormundschaftsrat bestellt werden.

Die Sprengel der Vormundschaftsräte sind nach Anhörung der beteiligten Gemeinden (Gutsgebiete) von der politischen Behörde im Einvernehmen mit dem Präsidenten des Landes(Kreis)gerichtes festzustellen und im Landesgesetz- und Verordnungsblatt kundzumachen. Dasselbe gilt für die Änderung der Sprengel. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen der politischen Behörde und dem Präsidenten des Landes(Kreis)-gerichtes entscheidet der Chef der politischen Landesbehörde im Einvernehmen mit dem Präsidenten des Oberlandesgerichtes.

Als politische Behörde ist die Bezirkshauptmannschaft, wenn aber eine mit eigenem Statut versehene Gemeinde am Vormundschaftsrat beteiligt ist, die politische Landesbehörde anzusehen.

Der Chef der politischen Landesbehörde kann im Einvernehmen mit dem Präsidenten des Oberlandesgerichtes verfügen, daß in einem Gerichtsbezirk oder in einzelnen Teilen eines Gerichtsbezirkes mangels der nötigen Vorbedingungen zeitweilig von der Bildung von Vormundschaftsräten abzusehen ist.

§ 40.

Zu Mitgliedern des Vormundschaftsrates sind nebst den Vertretern der gesetzlich anerkannten Kirchen und Religions-

gesellschaften, der Schule und der beteiligten Gemeinden (Gutsgebiete) solche Personen zu bestellen, die im Besitze genügender Ortskenntnisse ein nachhaltiges Interesse für die Frage der Jugendfürsorge betätigen und geneigt und imstande sind, die mit den Aufgaben des Vormundschaftsrates verknüpften Arbeiten auf sich zu nehmen. Hiebei ist namentlich auch auf die Angehörigen von Vereinigungen oder Institutionen Rücksicht zu nehmen, die der Waisenpflege oder anderen Zweigen des Jugendschutzes gewidmet sind.

Die Mitglieder des Vormundschaftsrates werden jeweils für die Dauer von fünf Jahren bestellt. Ihr Amt ist ein Ehrenamt. Sie sind berechtigt, während der Zeit ihrer Funktion den Titel „Waisenrat" zu führen.

Mitglieder des Vormundschaftsrates, die ihre Pflichten andauernd vernachlässigen, kann das Gericht, dem der Vormundschaftsrat untersteht, der Mitgliedschaft verlustig erklären. Sofern es sich um Vertreter der Kirchen und Religionsgesellschaften oder der Schule handelt, hat das Gericht in einem solchen Falle die Entsendung anderer Personen bei der zur Ernennung berufenen Stelle zu beantragen.

§ 41.

Mitglieder des Vormundschaftsrates können eigenberechtigte Personen beiderlei Geschlechtes sein, welche die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen und im Genusse der bürgerlichen Rechte stehen.

Verliert ein Mitglied des Vormundschaftsrates die gesetzliche Eignung zur Mitgliedschaft, so erlischt sein Amt.

§ 42.

Vertreter einer gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft oder der Schule können die Berufung in den Vormundschaftsrat nicht ablehnen. Alle anderen Personen können den Eintritt in den Vormundschaftsrat ablehnen, wenn sie zur Ablehnung einer Vormundschaft berechtigt sind oder bereits durch zwei aufeinanderfolgende Perioden als Mitglieder von Vormundschaftsräten tätig waren. Bei nach-

träglichem Eintreten eines Ablehnungsgrundes kann die Mitgliedschaft zurückgelegt werden.

Über die Zulässigkeit der Ablehnung oder Zurücklegung entscheidet das Gericht, dem der Vormundschaftsrat untersteht.

§ 43.

Die Entsendung der Vertreter der Gemeinden erfolgt im übertragenen Wirkungskreise der Gemeinde durch Beschluß der Gemeindevertretung.

Die Zahl der Mitglieder des Vormundschaftsrates und der davon den Vertretern der Kirchen und Religionsgesellschaften, der Schule und der Gemeinde vorbehaltenen Stellen, die zur Benennung der Mitglieder berufenen Organe oder Körperschaften und die Art ihrer Auswahl, die Ergänzung des Vormundschaftsrates bei vorzeitigem Ausscheiden einzelner Mitglieder, die Vorschriften für die Konstituierung und regelmäßige Wiedererneuerung des Vormundschaftsrates sowie die Vorschriften über die Geschäftsführung im Vormundschaftsrate und seinen Verkehr mit den Gerichten sind, soweit das gegenwärtige Gesetz darüber keine Bestimmungen enthält, im Verordnungswege festzustellen.

§ 44.

Die Amtskorrespondenz der Vormundschaftsräte ist gebühren- und portofrei.

Die Gemeinden (Gutsgebiete) sind verpflichtet, den Vormundschaftsräten die nötigen Amtsräume zur Verfügung zu stellen.

Wird ein gemeinschaftlicher Vormundschaftsrat für mehrere Gemeinden (Gutsgebiete) gebildet, so bestimmt mangels anderweitiger Vereinbarung die politische Behörde (§ 39, Absatz 4), welche Gemeinde (Gutsgebiet) die Amtsräume beizustellen hat.

9. Titel.

Übersicht über die Pflegebefohlenen.

§ 45.

Die §§ 207 und 208 a. b. G. B. sind aufgehoben.

Auf welche Weise bei dem Vormundschaftsgerichte die

Übersicht über die Verhältnisse und das Vermögen der Minderjährigen und Pflegebefohlenen und über die für die Führung der Vormundschaft und Pflegschaft sonst wesentlichen Umstände herzustellen ist, wird im Verordnungswege bestimmt.

10. Titel.

Gesetzliche Vertretung der in Anstalten aufgenommenen Minderjährigen.

§ 46.

Die Bestellung eines Vormundes kann unterbleiben, so lange ein Minderjähriger, der weder ein unbewegliches, noch ein bedeutendes bewegliches Vermögen besitzt, sich in einer Zwangsarbeits- oder Besserungsanstalt oder in einer der Fürsorgeerziehung gewidmeten öffentlichen oder privaten Anstalt befindet, deren Statut staatlich genehmigt ist. Das gleiche gilt für Zöglinge, die unter Aufsicht des Vorstandes der Anstalt in einer Familie erzogen werden.

Wenn es das Interesse des Minderjährigen erheischt, kann das Vormundschaftsgericht den schon früher bestellten Vormund ungeachtet der Aufnahme des Minderjährigen in die Anstalt in seinem Amte belassen oder für den Minderjährigen einen besonderen Vormund bestellen. Sofern die Bestellung eines besonderen Vormundes unterbleibt, kommen Befugnisse und Obliegenheiten eines Vormundes dem Vorsteher der Anstalt zu. Beim Vorhandensein von Gründen, die den Vorsteher nach dem Gesetze von der Bestellung zum Vormunde überhaupt oder von der Übernahme einer bestimmten Vormundschaft ausschließen, hat das Vormundschaftsgericht nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob sie im einzelnen Falle die Untauglichkeit des Anstaltsvorstehers zur Übernahme der Vormundschaft nach sich zu ziehen haben.

Auf die Erziehung des Minderjährigen in der Anstalt darf der für den Minderjährigen bestellte besondere Vormund keinen Einfluß nehmen.

§ 47.

Die im § 46 bezeichneten Anstalten haben dem Gerichte rechtzeitig Nachricht zu geben, wenn der Minderjährige in die Versorgung der Anstalt tritt oder sie verläßt.

So lange nach dem Austritte eines Minderjährigen, der nicht unter väterlicher Gewalt steht, ein anderer Vormund nicht ernannt ist, hat der Vorsteher der Anstalt die Vormundschaft fortzuführen.

§ 48.

Auf Antrag des Vorstehers einer der im § 46 bezeichneten Anstalten kann das Vormundschaftsgericht anordnen, daß die Vormundschaft über Minderjährige, die sich zur Zeit des Inkrafttretens des gegenwärtigen Gesetzes in einer solchen Anstalt befinden, auf den Vorsteher der Anstalt übergehe. Vor Beschlußfassung ist der Vormund des Minderjährigen zu hören.

Die Vorschriften des Hofdekretes vom 17. August 1822, J. G. S. Nr. 1888, bleiben mit der Maßgabe in Geltung, daß der Waisen- oder Findelhausdirektion in Betreff der unter ihrer Obsorge stehenden Kinder die Rechte und Pflichten eines Vormundes im vollen Umfange zustehen, so lange das Gericht für sie nicht einen anderen Vormund bestellt.

11. Titel.

Bestellung eines amtlichen Vormundes.

§ 49.

Insoweit geeignete, zur Übernahme des Amtes bereite Vormünder nicht zur Verfügung stehen oder wenn dies zur wirksamen Wahrung der Rechte und Interessen unbemittelter Pflegebefohlener erforderlich ist, können die Führung der Vormundschaft oder einzelne Rechte und Pflichten des Vormundes einem besonderen staatlichen Organe oder zur Führung der Vormundschaft geeigneten Organen der öffentlichen Verwaltung, insbesondere dem Vormundschaftsrate übertragen werden. Die näheren Bestimmungen darüber sind im Verordnungswege zu erlassen.

Das Gericht kann die Übertragung der Vormundschaft oder einzelner Rechte und Pflichten eines Vormundes an staatliche oder öffentliche Organe jederzeit widerrufen, wenn sich geeignete Privatvormünder finden, wenn der Minderjährige in eine der im § 46 bezeichneten Anstalten eintritt, oder unter der Aufsicht ihres Vorstandes (§ 46) in einer Familie erzogen wird, oder wenn es sonst im Interesse des Pflegebefohlenen gelegen ist.

3. Abschnitt.

Sachenrechtliche Bestimmungen.

1. Titel.

Eigentums- und Pfandrechtserwerb an nicht verbücherten Liegenschaften.

§ 50.

Dem § 431 a. b. G. B. ist beizufügen:

Zur Übertragung des Eigentums an Grundstücken, die, obwohl für die Eintragung in ein öffentliches Buch geeignet, in ein solches nicht aufgenommen sind, sowie an Häusern und anderen Gebäuden, die auf fremdem Grund in der Absicht aufgeführt werden, daß sie nicht stets darauf bleiben sollen, bedarf es der Übergabe durch Ausfolgung einer Urkunde über die Übertragung des Eigentums. Die Urkunde muß einen giltigen Rechtsgrund enthalten und vor zwei Zeugen übergeben werden.

Die Bestimmungen über den Eigentumserwerb an Grundstücken in den Ländern des Verfachbuches bleiben unberührt.

§ 51.

Dem § 451 a. b. G. B. ist beizufügen:

Das Pfandrecht an den im § 431, Absatz 2, bezeichneten Sachen wird durch die gerichtliche Hinterlegung einer gerichtlich oder notariell beglaubigten Pfandbestellungsurkunde erworben. In der Urkunde muß der Pfandgegenstand genau bezeichnet und die Geldsumme, für welche das Pfandrecht bestellt werden soll, ziffermäßig bestimmt angegeben werden;

bei einer verzinslichen Forderung ist auch die Höhe der Zinsen anzugeben.

Die Pfandbestellungsurkunde ist bei dem Gerichte zu hinterlegen, bei dem das Grundbuch für die in derselben Katastralgemeinde liegenden nicht landtäflichen Grundstücke geführt wird.

Wurden hinsichtlich desselben Gegenstandes mehrere Pfandbestellungsurkunden an demselben Tage bei Gericht hinterlegt, so stehen die dadurch begründeten Pfandrechte im Range einander gleich.

Die Einsichtnahme in die bei Gericht erliegenden Urkunden steht jedermann frei.

Die näheren Vorschriften über die Annahme, Ordnung und Aufbewahrung dieser Urkunden sind im Verordnungswege zu erlassen.

§ 52.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Eigentumsübertragungen und Pfandbestellungen, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes stattfanden, keine Anwendung. Auf Pfandrechte, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes an den im § 50 bezeichneten Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung erworben wurden, findet § 256, Absatz 2, E. O. keine Anwendung.

Die in den Verfachbuchländern und in Dalmatien bestehenden Vorschriften über den Pfandrechtserwerb an nicht in das Grundbuch eingetragenen Liegenschaften bleiben unberührt.

2. Titel.

Veräußerungs- und Belastungsverbote.

§ 53.

Bei Übertragung von Rechten an einen Ehegatten oder an Kinder, Wahl- oder Pflegekinder oder deren Ehegatten kann dem Erwerber durch Vertrag oder letztwillige Anordnung die Befugnis zur vertragsmäßigen Veräußerung oder Belastung des übertragenen Rechts entzogen oder beschränkt werden. Ein

solches Verbot bindet nur den Erwerber selbst und kann nicht auf seine Rechtsnachfolger ausgedehnt werden. In Ansehung von Liegenschaften äußert es Dritten gegenüber insofern Wirkung, als die Verfügungsbeschränkung in den öffentlichen Büchern angemerkt ist.

§ 54.

Verfügungsbeschränkungen der in § 53 bezeichneten Art, die vor Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes auferlegt wurden, sind nach dem bisherigen Rechte zu beurteilen.

3. Titel.

Einfluß der Teilung von Liegenschaften auf Grunddienstbarkeiten.

§ 55.

Wird das herrschende Grundstück geteilt, so besteht mangels Vereinbarung die Dienstbarkeit zugunsten aller Teile fort; ihre Ausübung ist jedoch nur in der Weise zulässig, daß die Dienstbarkeit weder erweitert, noch für den Eigentümer des dienstbaren Gutes beschwerlicher wird.

Kommt die Ausübung der Dienstbarkeit tatsächlich nur einem oder einzelnen der Teile zustatten, so erlischt sie in Ansehung der übrigen Teile.

§ 56.

Gewährt die Dienstbarkeit einen Anspruch auf Nutzungen, so kann bei Teilung des herrschenden Grundstückes jeder Berechtigte eine gerichtliche Regelung der Ausübung der Dienstbarkeit begehren.

Die Ausübung der Dienstbarkeit ist in diesem Falle mit sorgfältiger Bedachtnahme auf die Natur und Zweckbestimmung der Dienstbarkeit, sowie auf das Größenverhältnis und die wirtschaftliche Besonderheit der einzelnen Liegenschaftsteile ohne Erschwerung der Last so zu regeln, wie es allen Interessen billigerweise am besten entspricht.

Diese Regelung, bei der nach den Vorschriften über das Verfahren außer Streitsachen vorzugehen ist, hat bei dem

Bezirksgerichte stattzufinden, in dessen Sprengel sich die belastete Liegenschaft befindet.

Soweit ein Einverständnis der Beteiligten zustande kommt, ist es zu beurkunden; über die streitig bleibenden Punkte hat das Gericht mit Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges durch Beschluß zu entscheiden.

Die Regelung ist, falls die Servitut im Grundbuche eingetragen ist, auf Grund der Beurkundung und des Beschlusses anzumerken.

§ 57.

Wird das dienstbare Grundstück geteilt, so besteht mangels Vereinbarung die Dienstbarkeit auf allen Teilen fort.

Ist die Dienstbarkeit tatsächlich nur auf einen oder einzelne Teile beschränkt, so erlischt sie hinsichtlich der übrigen Teile. Wenn infolge der Teilung die ersterwähnten Liegenschaftsteile grundbücherlich abgeschrieben werden, so ist die Dienstbarkeit rücksichtlich der in der bisherigen Einlage verbleibenden Teile zu löschen.

Gewährt die Dienstbarkeit einen Anspruch auf Nutzungen, so kann bei Teilung des dienstbaren Grundstückes jeder Belastete eine gerichtliche Regelung der Ausübung begehren. Hierbei sind die Vorschriften des § 56 sinngemäß anzuwenden.

§ 58.

Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch für die Teilung von Grunddienstbarkeiten, die vor Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes begründet worden sind.

Nach Inkrafttreten dieses Gesetzes findet der Schlußsatz des § 485, sowie § 847 a. b. G. B. auf Servituten nicht mehr Anwendung.

4. Titel.

Erneuerung und Berichtigung der Grenzen.

§ 59.

§ 850 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wenn die Grenzzeichen zwischen zwei Grundstücken durch was immer für Umstände so verletzt worden sind, daß sie

ganz unkenntlich werden könnten, so hat jeder der Nachbarn das Recht, die gerichtliche Erneuerung der Grenze zu verlangen.

§ 60.

§ 851 a. b. G. B. hat zu lauten:

Ist die Grenze wirklich unkenntlich geworden oder streitig, so schützt das Gericht vor allem den letzten Besitzstand.

Läßt sich dieser nicht feststellen, so hat das Gericht in Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit die streitige Fläche unter Berücksichtigung der Größe der unmittelbar an den streitigen Raum angrenzenden Grundstücke nach billigem Ermessen unter die Beteiligten zu verteilen. Jedem Teile bleibt vorbehalten, sein besseres Recht gegen den Nachbar im Prozeßwege geltend zu machen.

§ 61.

§ 853 a. b. G. B. hat zu lauten:

Zum Zwecke der Grenzerneuerung (§ 850) oder Grenzberichtigung (§ 851) sind die Eigentümer der Nachbargrundstücke zu einer Tagsatzung im Verfahren außer Streitsachen an Ort und Stelle zu laden.

In der Ladung ist mitzuteilen, daß trotz Ausbleibens des Geladenen über den Antrag verhandelt und die Grenze unbeschadet etwaiger im Prozeßwege geltend zu machender Rechte festgesetzt und vermarkt werden wird.

Die Kosten des Verfahrens sind von den Nachbarn nach Maß ihrer Grenzlinien zu bestreiten. Wenn sich jedoch aus der Verhandlung ergibt, daß die Grenzerneuerung oder Grenzberichtigung nicht notwendig war, weil die Grenze nicht bestritten oder hinlänglich kenntlich gewesen ist oder weil die Beteiligten zur außergerichtlichen Vermarkung bereit waren, hat der Antragsteller die Kosten des Verfahrens zu tragen.

§ 62.

Auf Verhandlungen über die Erneuerung oder Berichtigung der Grenzen, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes durch Anbringung eines Gesuches oder einer Klage

bei dem zuständigen Gerichte bereits anhängig gemacht sind, finden die vorstehenden Bestimmungen keine Anwendung.

5. Titel.

Verfügung des Eigentümers über die Hypothek

§ 63.

Solange ein grundbücherlich eingetragenes Pfandrecht mit dem Eigentum der Liegenschaft in einer Person vereinigt ist, kann es vom Eigentümer oder im Wege der Exekution gegen den Eigentümer rechtswirksam auf einen Dritten übertragen werden.

§ 64.

Ist die Forderung, für die ein Pfandrecht grundbücherlich eingetragen ist, erloschen, so kann der Eigentümer der Liegenschaft auf Grund einer löschungsfähigen Quittung oder einer anderen das Erlöschen der Pfandschuld dartuenden eintragungsfähigen Urkunde das Pfandrecht auf seine Person umschreiben lassen oder einem Dritten für eine neue Forderung einränmen. Die neue Forderung darf den Betrag der früheren Pfandforderung nicht übersteigen.

Ist die pfandrechtlich sichergestellte Forderung in Annuitäten rückzahlbar, so erwirbt der Eigentümer erst nach Erlöschung der ganzen Forderung dieses Verfügungsrecht.

Die Anwendung der Bestimmungen der vorhergehenden Absätze kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden.

§ 65.

Wird auf die Liegenschaft Zwangsvollstreckung durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung geführt, bevor in den Fällen der §§ 63 und 64 das Pfandrecht grundbücherlich gelöscht oder die Liegenschaft oder das Pfandrecht auf einem Dritten übertragen worden ist, so ist bei Verteilung der Ertragsüberschüsse und des Verkaufserlöses der auf dieses Pfandrecht entfallende Betrag den nachstehenden Gläubigern zuzuweisen, die sonst aus der Verteilungsmasse nicht zum Zuge gelangen würden.

§ 66.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auch Anwendung, wenn nach Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes das Eigentum der Liegenschaft sich mit einem schon vor Beginn der Wirksamkeit des Gesetzes eingetragenen Pfandrechte vereinigt.

Artikel XXVIII des Einführungsgesetzes zur Exekutionsordnung wird mit der Einschränkung aufgehoben, daß er für alle diejenigen Fälle Giltigkeit behält, in welchen die gerichtliche Verhandlung über die Verteilung der Ertragsüberschüsse oder des Kaufpreises am Tage des Inkrafttretens des Gesetzes schon begonnen hat.

§ 67.

Das auf einem Grundbuchsobjekte haftende Pfandrecht für eine Pfandbriefforderung wird dadurch, daß für sie zur Herabsetzung des Zinsfußes neue, niedriger verzinsliche Pfandbriefe in einem höheren als dem tatsächlich aushaftenden Betrage ausgegeben werden, in seinem Bestande und in seiner Wirksamkeit und Rangordnung dann nicht berührt, wenn die neue Pfandbriefforderung die grundbücherlich eingetragene Höhe der früheren Forderung an Kapital und Nebenverbindlichkeiten nicht überschreitet.

Die Konvertierung ist auf Grund der von den Parteien darüber errichteten Urkunde im Grundbuche anzumerken.

Die Bestimmungen der vorhergehenden Absätze finden auch auf fundierte Bankschuldverschreibungen Anwendung.

§ 68.

Im Falle der Löschung des Pfandrechtes kann der Eigentümer zugleich die Anmerkung im Grundbuche erwirken, daß die Eintragung eines neuen Pfandrechtes in der Rangordnung des gelöschten Pfandrechtes und bis zur Höhe desselben vorbehalten bleibt. Dieser Vorbehalt ist auch im Falle eines Eigentumswechsels zugunsten des neuen Eigentümers wirksam. Bei Zwangsversteigerung der Liegenschaft bleibt jedoch der Vorbehalt unberücksichtigt, wenn von ihm bis zur An=

merkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens kein Gebrauch gemacht wurde.

§ 69.

Der Eigentümer einer Liegenschaft kann begehren, daß in der Rangordnung eines auf der Liegenschaft haftenden Pfandrechtes das Pfandrecht für eine neue Forderung mit der Beschränkung eingetragen wird, daß es für den Fall Rechtswirksam erlangt, als binnen sechs Monaten nach der Bewilligung der Eintragung des neuen Pfandrechtes die Löschung des älteren Pfandrechtes einverleibt wird. Die neue Forderung darf die grundbücherliche Höhe jener Forderung, für die das Pfandrecht bereits haftet, nicht übersteigen.

Die §§ 7, 8, 9 und 10, Absatz 1, des Gesetzes vom 22. Februar 1907, R. G. Bl. Nr. 48, betreffend die Konvertierung von Hypothekarforderungen, bleiben mit der Maßgabe in Geltung, daß an Stelle des in den §§ 7 und 10 dieses Gesetzes bezogenen § 2, Absatz 2, die Bestimmung des ersten Absatzes des § 69 des gegenwärtigen Gesetzes tritt; alle anderen Bestimmungen dieses Gesetzes sind aufgehoben.

6. Titel.

Pfandrechtliche Haftung der Forderung aus dem Versicherungsvertrag.

§ 70.

Dem § 457 a. b. G. B. ist als zweiter Absatz beizufügen:

Das Pfandrecht an einer versicherten unbeweglichen Sache erstreckt sich auf die Forderung gegen den Versicherer aus einer Versicherung gegen Brandschaden, unbeschadet der in Ansehung solcher Forderungen geltenden Exekutionsbeschränkungen sowie der über die Verwendung der Entschädigungssumme getroffenen Vereinbarungen.

§ 71.

Die Bestimmungen des vorhergehenden Paragraphen finden auch Anwendung, wenn der Versicherungsfall sich vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes ereignet hat.

7. Titel.

Vorrangseinräumung.

§ 72.

Die Rangordnung der Rechte, mit denen eine Liegenschaft bücherlich belastet ist, kann durch Einverleibung oder Vormerkung der Vorrangseinräumung geändert werden. Hiezu ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten und, wenn das zurücktretende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, auch dessen Zustimmung erforderlich. Rechte und Vorrang der übrigen Gläubiger werden dadurch nicht berührt.

§ 73.

Durch die bücherlich eingetragene Vorrangseinräumung erwirbt das vortretende Recht die Rangordnung des zurücktretenden, wenn entweder das vortretende Recht unmittelbar auf das zurücktretende folgt oder wenn ihm auch der Vorrang vor allen im Range zwischen beiden stehenden Rechten eingeräumt wird.

Bei ursprünglich gleichem Range des vortretenden und des zurücktretenden Rechtes erlangt das erstere den Vorrang vor dem letzteren.

§ 74.

Treffen die Voraussetzungen des vorangehenden Paragraphen nicht zu, so wird durch die bücherlich eingetragene Vorrangseinräumung, wenn es sich um gleichartige Rechte handelt, dem vortretenden Rechte lediglich im Umfange des zurücktretenden Rechtes dessen Rangordnung erworben.

Das vortretende Recht geht unbeschadet gegenteiliger Vereinbarung dem zurücktretenden Rechte sowohl dann vor, wenn der Betrag des vortretenden Rechtes kleiner ist als der des zurücktretenden, wie wenn das vortretende Recht in seinem neuen Range wegen des geringeren Betrages des zurücktretenden Rechtes nicht volle Deckung findet.

Ist das zurücktretende Recht bedingt oder betagt, so wirkt die Bedingung oder Befristung auch für das vortretende

Recht. Vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termines kann die vortretende nicht bedingte oder nicht betagte Forderung aus dem Meistbote der im Wege der Zwangsvollstreckung veräußerten oder aus den Erträgnissen der in Zwangsverwaltung gezogenen Liegenschaft nur mit dem Betrage berichtigt werden, der auf sie in ihrer ursprünglichen Rangordnung zugewiesen wird.

§ 75.

Treten infolge einer Vorrangseinräumung mehrere Rechte an die Stelle eines anderen, so geht an dieser Stelle unbeschadet gegenteiliger Vereinbarung das bis dahin im Range frühere dem im Range späteren vor.

§ 76.

Nachträgliche Änderungen im Bestande oder Umfange des vortretenden oder zurücktretenden Rechtes sind auf die durch die Vorrangseinräumung hergestellte Rangordnung ohne Einfluß.

§ 77.

Findet eine Vorrangseinräumung zwischen ungleichartigen Rechten statt, ohne daß die Voraussetzungen des § 73 gegeben sind, so erlangt das vortretende Recht nur einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus demjenigen, was auf das zurücktretende Recht nach seinem früheren Range aus dem Meistbote der im Wege der Zwangsvollstreckung veräußerten oder aus den Erträgnissen der in Zwangsverwaltung gezogenen Liegenschaft zugewiesen wird.

Wenn die Vorrangseinräumung ohne Zustimmung der im Range zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte stehenden Berechtigten stattgefunden hat, und wenn das zurücktretende Recht nach seinem früheren Range bei der Zwangsversteigerung der Liegenschaft vom Ersteher ohne Anrechnung auf das Meistbot übernommen werden muß, ist das vortretende Recht an seiner ursprünglichen Stelle zu berücksichtigen.

§ 78.

Auf Vorrangseinräumungen, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes bücherlich eingetragen wurden, finden die Vorschriften der §§ 72 bis 77 keine Anwendung.

Die Bestimmung des § 218, Absatz 2, der Exekutionsordnung ist aufgehoben.

4. Abschnitt.

Erbrechtliche Bestimmungen.

1. Titel.

Erbverzicht.

§ 79.

§ 551 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wer über sein Erbrecht giltig verfügen kann, ist auch befugt, durch Vertrag mit dem Erblasser im voraus darauf Verzicht zu tun. Der Erbverzicht bedarf zu seiner Giltigkeit der Beurkundung durch gerichtliches Protokoll oder Notariatsakt.

Eine solche Verzichtleistung wirkt, wenn nichts anderes vereinbart ist, auch auf die Nachkommen des Verzichtenden.

§ 80.

Die Bestimmung des vorhergehenden Paragraphen findet auf einen vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes vereinbarten Erbverzicht keine Anwendung.

2. Titel.

Fertigung der Testamentszeugen und Form einer außergerichtlichen schriftlichen Erklärung des letzten Willens.

§ 81.

Der Zeuge einer außergerichtlichen schriftlichen Erklärung des letzten Willens muß mit einem auf seine Eigenschaft als Zeuge hinweisenden Zusatz auf der Urkunde unterschreiben. Die Beifügung der Worte „als Zeuge des letzten Willens“ ist keine Bedingung der Giltigkeit der letztwilligen Erklärung.

§ 82.

Der letzte Satz des § 581 a. b. G. B. hat zu lauten:
Der Schreiber des letzten Willens kann in allen Fällen zugleich Zeuge sein, ist aber von der Vorlesung des Aufsatzes ausgeschlossen.

§ 83.

Die Bestimmung des § 81 findet auch auf letztwillige Anordnungen Anwendung, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes errichtet wurden.

3. Titel.

Tod des Nacherben vor Eintritt des Substitutionsfalles.

§ 84.

§ 615 a. b. G. B. wird durch folgenden Zusatz ergänzt:
Sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, geht das Recht des Nacherben auch dann auf seine Erben über (§ 537), wenn er den Eintritt des Substitutionsfalles nicht erlebt.

§ 85.

Die vorstehende Bestimmung findet keine Anwendung, wenn der Substitutionsfall vor Beginn der Wirksamkeit des gegenwärtigen Gesetzes eingetreten ist.

4. Titel.

Unwirksamkeit der kassatorischen Klausel.

§ 86.

§ 716 a. b. G. B. hat zu lauten:
Der in einem Testament oder Kodizill angehängte Beisatz: daß jede spätere Anordnung überhaupt, oder, wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmale bezeichnet ist, null und nichtig sein soll, ist als nicht beigesetzt anzusehen.

§ 87.

Die Bestimmung des vorhergehenden Paragraphen gilt nicht für Testamente und Kodizille, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes errichtet wurden.

5. Titel.

Gesetzliche Erbfolge der Verwandten aus ehelicher Abstammung.

§ 88.

Die Bestimmung des 4. Absatzes des § 731 a. b. G. B. hat zu lauten:

Zur vierten Linie gehören des Erblassers erste Urgroßeltern.

Die Absätze 5 und 6 des § 731 sind aufgehoben.

§ 89.

§ 741 a. b. G. B. und die dazu gehörige Marginalrubrik haben zu lauten:

4. Linie: Die Urgroßeltern.

§ 741. Nach gänzlicher Erlöschung der dritten Linie sind die Urgroßeltern des Erblassers zur gesetzlichen Erbfolge berufen. Auf die Großeltern des Vaters des Erblassers entfällt die eine Hälfte der Erbschaft, auf die Großeltern der Mutter die andere Hälfte. In jede Hälfte der Erbschaft teilen sich die beiden Großelternpaare zu gleichen Teilen. Ist ein Teil eines Großelternpaares nicht vorhanden, so fällt das auf diesen Teil entfallenden Achtel der Erbschaft an den überlebenden Teil dieses Großelternpaares. Fehlt ein Großelternpaar, so ist zu seinem Viertel das andere Großelternpaar desselben Elternteiles des Erblassers berufen.

Fehlen die Großelternpaare des einen Elternteiles des Erblassers, so sind zu der auf sie entfallenden Nachlaßhälfte die Großelternpaare der anderen Elternteile in demselben Ausmaß wie zu der ihnen unmittelbar zufallenden Nachlaßhälfte berufen.

§ 90.

Die §§ 742 bis 749 a. b. G. B. sind aufgehoben.

§ 91.

§ 751 a. b. G. B. hat zu lauten:

Auf diese vier Linien der ehelichen Verwandtschaft wird das Recht der Erbfolge in Ansehung eines frei vererblichen

Vermögens eingeschränkt. Die nur durch die Urgroßeltern in der Seitenlinie mit dem Erblasser verwandten Personen und entferntere Verwandte des Erblassers sind von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen.

§ 92.

Die vorstehenden Bestimmungen finden keine Anwendung, wenn der Zeitpunkt des Erbanfalles dem Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes vorangegangen ist.

6. Titel.

Gesetzliche Erbfolge der unehelichen Kinder.

§ 93.

§ 754 a. b. G. B. hat zu lauten:

In Rücksicht auf die Mutter und die Verwandten der Mutter haben uneheliche Kinder bei der gesetzlichen Erbfolge in das freivererbliche Vermögen gleiche Rechte mit den ehelichen. Zu dem Nachlasse des Vaters und der väterlichen Verwandten gebührt den unehelichen Kindern keine gesetzliche Erbfolge.

§ 94.

Der zweite Satz des § 756 a. b. G. B. hat zu lauten:

In das Vermögen eines unehelich gebliebenen Kindes gebührt nur der Mutter und ihren Verwandten die Erbfolge; der Vater und seine Verwandten sind davon ausgeschlossen.

§ 95.

Das gesetzliche Erbrecht zwischen dem unehelichen Kinde und den Verwandten der Mutter kann nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Zeitpunkt des Erbanfalls dem Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes vorangegangen ist.

7. Titel.

Gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht des Ehegatten.

§ 96.

§ 757 a. b. G. B. hat zu lauten:

Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Kindern des Erblassers und deren Nachkommen zu einem Viertel des

Nachlasses, neben den Eltern des Erblassers und deren Nachkommen oder neben Großeltern zur Hälfte des Nachlasses gesetzlicher Erbe. Treffen Großeltern mit Nachkommen verstorbener Großeltern zusammen, so erhält überdies der Ehegatte von der anderen Hälfte der Erbschaft den Teil, der nach §§ 739 und 740 a. b. G. B. den Nachkommen der verstorbenen Großeltern zufallen würde.

Sind weder gesetzliche Erben der ersten oder zweiten Linie noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.

§ 97.

§ 758 a. b. G. B. hat zu lauten:

Dem überlebenden Ehegatten gebühren außer dem Erbteil die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen als ein Vorausvermächtnis.

§ 98.

§ 759 a. b. G. B. hat zu lauten:

Ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte hat kein gesetzliches Erbrecht und keinen Anspruch auf die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen.

Beides ist dem überlebenden Ehegatten auch dann versagt, wenn der Erblasser die Klage wegen Trennung oder Scheidung der Ehe aus Verschulden des anderen Ehegatten schon bei Gericht angebracht hatte und nach dem Stande des anhängigen Prozesses zur Zeit des Todes des Erblassers sein Begehren offenbar berechtigt war.

§ 99.

§ 762 a. b. G. B. hat zu lauten:

Die Personen, welche der Erblasser in der letzten Anordnung mit einem Erbteile bedenken muß, sind seine Kinder und sein Ehegatte und in Ermanglung von Kindern seine Eltern.

§ 100.

§ 765 a. b. G. B. hat zu lauten:

Als Pflichtteil bestimmt das Gesetz jedem Kinde und dem

Ehegatten die Hälfte dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre.

§ 101.

Dem § 769 a. b. G. B. ist als zweiter Absatz beizufügen.

Der überlebende Ehegatte kann von dem Pflichtteile ausgeschlossen werden, wenn der Erblasser berechtigt war, die Trennung oder aus Verschulden des anderen Eheteiles die Scheidung der Ehe zu begehren.

§ 102.

§ 796 a. b. G. B. hat zu lauten:

Dem überlebenden Ehegatten gebührt, solange er nicht zur zweiten Ehe schreitet, der mangelnde, anständige Unterhalt, soweit dieser nicht durch den gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil und eine für den Fall des Überlebens bedungene oder letztwillig zugewendete ausreichende Versorgung gedeckt ist.

In den im § 759 bezeichneten Fällen hat der überlebende Ehegatte auf Unterhalt aus dem Nachlasse keinen Anspruch.

§ 103.

Die vorstehenden Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Erblasser vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes gestorben ist.

8. Titel.

Erblose Verlassenschaft.

§ 104.

§ 760 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wenn zur Zeit des Erbanfalles kein zur Erbfolge Berechtigter vorhanden ist oder wenn niemand die Erbschaft erwirbt, fällt die Verlassenschaft als ein erbloses Gut dem Staate zur Förderung der Aufgaben anheim, die er hinsichtlich der Fürsorgeerziehung, der Sozialversicherung und gemeinnütziger humanitärer Zwecke zu erfüllen hat.

9. Titel.

Berücksichtigung von Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteiles.

§ 105.

§ 784 a. b. G. B. wird durch folgende Zusätze ergänzt:

Auf Verlangen eines Pflichtteilsberechtigten sind bei Berechnung des Nachlasses die Schenkungen in Anschlag zu bringen, die der Erblasser unter Lebenden gemacht hat. Der Gegenstand der Schenkung ist dem Nachlasse mit dem Wert hinzuzurechnen, der für die Anrechnung maßgebend ist (§ 794).

Unberücksichtigt bleiben hierbei Geschenke, die der Erblasser zu einer Zeit machte, da er keine Noterben hatte; ferner Geschenke, die aus den Einkünften des Geschenkgebers ohne Schmälerung des Grundstockes seines Vermögens geleistet wurden, insbesondere die üblichen Gelegenheitsgeschenke von verhältnismäßig geringem Betrage; außerdem Geschenke, durch die einer sittlichen Pflicht oder Rücksichten des Anstandes entsprochen worden ist, und endlich Geschenke an dritte, nicht pflichtteilsberechtigte Personen, wenn die Leistung mehr als fünf Jahre hinter dem Erbanfall zurückliegt. Bei Schenkungen an den Ehegatten beginnt die Frist nicht vor Auflösung der Ehe oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

§ 106.

Dem § 787 a. b. G. B. ist als zweiter Absatz beizufügen:

Wenn zum Zwecke der Bestimmung des Pflichtteiles Schenkungen unter Lebenden dem Nachlasse hinzuzurechnen sind (§ 784), so muß sich der Noterbe auf seinen Pflichtteil die nach § 784 einrechenbaren Geschenke anrechnen lassen, die er vom Erblasser erhalten hat.

§ 107.

§ 789 a. b. G. B. hat zu lauten:

Bei dem Pflichtteile der Eltern findet die Anrechnung eines Vorschusses insofern statt, als er nicht zur gesetzlichen Unterstützung (§ 154) geleistet worden ist.

§ 108.

§ 951 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wenn zum Zwecke der Bestimmung des Pflichtteiles Schenkungen unter Lebenden in Anschlag gebracht werden (§ 784), das hinterlassene Vermögen aber zur Deckung des Pflichtteiles nicht ausreicht, kann der verkürzte Noterbe vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zum Zwecke der Deckung des Fehlbetrages verlangen.

Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des fehlenden Betrages abwenden.

Ist der Beschenkte selbst pflichtteilsberechtigt, so haftet er für die Ergänzung des Pflichtteiles anderer Noterben nur so weit, als er infolge der Schenkung mehr als den ihm bei Einrechnung der Schenkungen gebührenden Pflichtteil erhalten würde.

Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur in dem Maße, als der später Beschenkte zur Herausgabe oder Zahlung nicht verpflichtet ist oder sie nicht leisten kann. Gleichzeitig Beschenkte haften verhältnismäßig.

§ 109.

Inwieweit Schenkungen, die vor Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes gemacht wurden, bei Berechnung des Pflichtteiles in Betracht kommen oder wegen Verkürzung des Pflichtteiles zurückgefordert werden können, ist nach den bisher geltenden Bestimmungen zu beurteilen.

10. Titel.

Sicherungsmittel der Gläubiger des Erben.

§ 110.

Vor der Einantwortung können Gläubiger des Erben nur auf die einzelnen Bestandteile des Nachlasses Exekution führen, über welche dem Erben vom Nachlaßgerichte die freie Verfügung überlassen worden ist.

§ 111.

Den Gläubigern des Erben, die unter Bescheinigung ihrer

Forderung noch vor der Einantwortung dies begehrt haben, ist eine Abschrift des Beschlusses, mit dem das Nachlaßgericht dem Erben die freie Verfügung über einzelne Nachlaßbestandteile eingeräumt hat, und eine Abschrift der Einantwortungsurkunde zuzustellen. Diese Zustellung ist gleichzeitig mit der Zustellung dieser Beschlüsse an den Erben vorzunehmen.

§ 112.

Zur Sicherung von Forderungen gegen einen Erben können bei Vorhandensein der im § 379, Absatz 2, der Exekutionsordnung angegebenen Voraussetzungen zugunsten der Gläubiger des Erben in Ansehung des ihm angefallenen Erbgutes vor der Einantwortung einstweilige Verfügungen getroffen werden. Je nach Erfordernis des zu erreichenden Zweckes kann mittels der einstweiligen Verfügung eines der in den §§ 379 und 382 E. O. angeführten Sicherungsmittel angeordnet werden.

§ 113.

Mit Beginn der Wirksamkeit des gegenwärtigen Gesetzes treten die Bestimmungen des § 822 a. b. G. B. außer Kraft.

Sicherungsmittel, die vor diesem Zeitpunkte gemäß § 822 a. b. G. B. erworben wurden, sind nach dem zur Zeit ihrer Begründung geltenden Recht zu beurteilen.

V. Abschnitt.

Obligationenrechtliche Bestimmungen.

1. Titel.

Allgemeine Bestimmungen über Willenserklärungen und Verträge.

§ 114.

§ 914 a. b. G. B. hat zu lauten:

Bei Beurteilung und Auslegung von Willenserklärungen hat der Richter den Willen zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften.

Verträge sind so auszulegen und zu erfüllen, wie es der Übung des redlichen Verkehres entspricht.

§ 115.

In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im Verkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

§ 116.

Die Bestimmung des § 887 a. b. G. B. ist aufgehoben.

§ 117.

§ 1313 a. b. G. B. hat zu lauten:

Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, wie sein eigenes zu vertreten.

§ 118.

Soweit nicht schon richterliche Entscheidungen vorliegen, finden die Bestimmungen der §§ 114, 115 und 117 auch auf Willenserklärungen, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes abgegeben wurden, und auf Verträge Anwendung, die vor diesem Zeitpunkte abgeschlossen wurden. Dagegen bleibt die Vorschrift des § 887 a. b. G. B. in Ansehung der vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes errichteten Urkunden ungeachtet des Inkrafttretens des gegenwärtigen Gesetzes in Geltung.

2. Titel.

Vertragsschließung.

§ 119.

§ 862 a. b. G. B. hat zu lauten:

Damit ein Vertrag zustande komme, muß der Antrag zum Vertragsschlusse innerhalb der vom Antragsteller bestimmten Frist, in Ermanglung einer solchen der einem Anwesenden oder mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachte Antrag sogleich, der sonst einem Abwesenden gemachte Antrag längstens bis zu dem Zeitpunkte angenommen sein, in welchem der Antragsteller bei rechtzeitiger und ordnungsmäßiger Absendung der Antwort deren Eintreffen erwarten darf; widrigen-

falls ist der Antrag erloschen. Vor Ablauf der Annahmefrist kann der Antrag nicht zurückgenommen werden.

Wenn eine Annahmeerklärung nach der Natur des Geschäftes oder der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder wenn vom Antragsteller darauf verzichtet wurde, so gilt der Vertrag als geschlossen, wenn der Antrag innerhalb der hierfür bestimmten oder den Umständen angemessenen Frist nicht abgelehnt ist.

§ 120.

§ 864 a. b. G. B. hat zu lauten:

Als rechtzeitig gilt die Annahmeerklärung, wenn sie innerhalb der Annahmefrist dem Antragsteller zugekommen ist. Trotz ihrer Verspätung kommt jedoch der Vertrag zustande, wenn der Antragsteller erkennen mußte, daß die Annahmeerklärung rechtzeitig abgesendet wurde, und gleichwohl seinen Rücktritt dem andern nicht unverzüglich angezeigt hat.

§ 121.

Die §§ 119 und 120 finden auf Anträge, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes dem Gegner des Antragstellers zugekommen sind, keine Anwendung.

3. Titel.

Mangel der Willensübereinstimmung und Irrtum.

§ 122.

§ 869 a. b. G. B. hat zu lauten:

Die Einwilligung in einen Vertrag muß frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden. Ist die Erklärung unverständlich, ganz unbestimmt oder erkennbarerweise nicht ernstlich gemeint (§ 916), erfolgt die Annahme unter anderen Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschehen ist, oder werden mehrdeutige Ausdrücke gleichlautender Erklärungen von beiden Teilen in verschiedenem Sinne verstanden, so entsteht kein Vertrag. Wer sich, um einen anderen zu bevorteilen, undeutlicher Ausdrücke bedient oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugtuung.

§ 123.

§ 870 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wer von dem anderen Teile durch Arglist oder durch ungerechte und gegründete Furcht (§ 55) zu einem Vertragsschlusse veranlaßt worden, ist ihn zu halten nicht verbunden.

§ 124.

§ 871 a. b. G. B. hat zu lauten:

War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärung in einem wesentlichen Irrtum befangen, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum durch den anderen veranlaßt war oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte, oder ihm noch rechtzeitig aufgeklärt wurde.

§ 125.

§ 876 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wenn der versprechende Teil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrtum schuld ist, so besteht der Vertrag.

§ 126.

Die §§ 122 bis 125 finden auf Willenserklärungen keine Anwendung, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes abgegeben wurden.

4. Titel.

Ungiltige Verträge.

§ 127.

§ 878 a. b. G. B. hat zu lauten:

Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. Ist Mögliches und Unmögliches zugleich bedungen, so bleibt der Vertrag in ersterem Teile gültig, wenn anders aus dem Vertrage nicht hervorgeht, daß kein Punkt von dem anderen abgesondert werden könne. Wer bei Abschließung des Vertrages die Unmöglichkeit kannte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen mußte, hat dem anderen Teile, falls von diesem nicht dasselbe gilt, den Schaden zu

ersetzen, den er durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat.

§ 128.

§ 879 a. b. G. B. hat zu lauten:

Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot, gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig.

Insbesondere sind folgende Verträge nichtig:

1. wenn etwas für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird;

2. wenn ein Rechtsfreund eine ihm anvertraute Streitsache an sich löst;

3. wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtnis, die man von einer dritten Person erhofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird;

4. wenn jemand den Leichtsinn oder die ihm bekannte Notlage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines andern dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung Gegenleistungen versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Wert der Leistungen in auffälligem Mißverhältnisse steht.

Das zum Zwecke eines verbotenen Spieles gegebene Darlehen kann nicht zurückgefordert werden (§ 1174).

§ 129.

§ 882 a. b. G. B. ist aufgehoben.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Verträge keine Anwendung, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes geschlossen wurden.

5. Titel.

Form der Verträge.

§ 130.

Dem § 883 a. b. G. B. ist als zweiter Absatz beizufügen:

Der Erbschaftskauf bedarf zu seiner Giltigkeit der schriftlichen Errichtung, der Bürgschaftsvertrag ist nur giltig, wenn die Verpflichtungserklärung des Bürgen schriftlich abgegeben wird.

§ 131.

§ 884 a. b. G. B. hat zu lauten:

Haben die Parteien für einen Vertrag die Anwendung einer bestimmten Form vorbehalten, so sind sie vor Erfüllung der Form nicht gebunden.

§ 132.

§ 886 a. b. G. B. hat zu lauten:

Ein Vertrag, für den Gesetz oder Parteiwille Schriftlichkeit bestimmt, kommt durch die Unterschrift der Parteien oder, falls sie des Schreibens unkundig oder wegen Gebrechens unfähig sind, durch Beisetzung ihres Handzeichens vor zwei Zeugen, deren einer den Namen der Partei unterfertigt, zustande. Eine Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift auf mechanischem Wege ist nur da genügend, wo sie im Geschäftsverkehre üblich ist.

§ 133.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Verträge und Urkunden, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes errichtet wurden, keine Anwendung.

6. Titel.

Zeit und Ort der Leistung.

§ 134.

§ 902 a. b. G. B. hat zu lauten:

Eine durch Vertrag oder Gesetz bestimmte Frist ist vorbehaltlich anderer Festsetzung so zu berechnen, daß:

1. bei einer nach Tagen bestimmten Frist der Tag nicht mitgezählt wird, in welchen das Ereignis fällt, von dem der Fristenlauf beginnt;

2. bei einer nach Wochen, Monaten oder Jahren bestimmten Frist ihr Ende auf denjenigen Tag der letzten Woche oder

des letzten Monates fällt, welcher nach seiner Benennung oder Zahl dem Tag des Ereignisses entspricht, mit dem der Lauf der Frist beginnt. Fehlt dieser Tag in dem letzten Monat, so fällt das Ende der Frist auf den letzten Tag dieses Monates.

§ 135.

§ 903 a. b. G. B. hat zu lauten:

Ein Recht, dessen Erwerbung an einen bestimmten Tag gebunden ist, wird mit dem Anfange dieses Tages erworben. Die Rechtsfolgen der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder eines Versäumnisses treten erst mit dem Ablaufe des letzten Tages der Frist ein. Fällt der für die Abgabe einer Willenserklärung oder für eine Leistung bestimmte letzte Tag auf einen Sonntag oder anerkannten Feiertag, so tritt an dessen Stelle, vorbehaltlich gegenteiliger Vereinbarung, der nächstfolgende Werktag.

§ 136.

§ 905 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wenn der Ort, wo erfüllt werden soll, weder aus der Verabredung noch aus der Natur oder dem Zwecke des Geschäftes bestimmt werden kann, so ist an dem Orte zu leisten, wo der Schuldner zur Zeit des Vertragsschlusses seinen Wohnsitz hatte. Eine Verbindlichkeit, die im Betriebe des gewerblichen oder geschäftlichen Unternehmens des Schuldners entstand, ist im Zweifel am Orte der gewerblichen oder geschäftlichen Niederlassung zu erfüllen.

Geldzahlungen hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger zu übermachen. Im Falle einer Änderung des Wohnsitzes oder der geschäftlichen Niederlassung des Gläubigers nach dem Vertragsschlusse trägt dieser die damit verbundene Erhöhung der Gefahr oder Kosten.

§ 137.

In § 120 a. b. G. B. ist an die Stelle der Worte „vor Verlauf des sechsten Monates“ zu setzen „vor Ablauf des 180. Tages“, in § 138 a. b. G. B. ist an die Stelle der

Worte „im siebenten Monate nach geschlossener Ehe oder im zehnten Monate“ zu setzen „nach Ablauf von 180 Tagen nach geschlossener Ehe und vor Ablauf des 300. Tages“, in § 163 a. b. G. B. ist an die Stelle der Worte „nicht weniger als sechs, nicht mehr als zehn Monate“ zu setzen „nicht weniger als 180 und nicht mehr als 300 Tage“.

§ 138.

Die Bestimmungen der §§ 134 bis 136 finden auf Fristen, die in die Zeit vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes fallen, sowie auf Verbindlichkeiten, die vor diesem Zeitpunkte begründet wurden, keine Anwendung.

7. Titel.

Verträge zugunsten Dritter.

§ 139.

§ 881 a. b. G. B. hat zu lauten:

Hat sich jemand in eigenem Namen eine Leistung an einen Dritten versprechen lassen, so kann er fordern, daß an den Dritten geleistet werde.

Ob und in welchem Zeitpunkte der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, vom Versprechenden Erfüllung zu fordern, ist mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung nach der Natur und dem Zwecke des Vertrages zu beurteilen. Insbesondere erwirbt der Dritte dieses Recht, wenn die Leistung hauptsächlich ihm zum Vorteile gereichen soll. Die Befugnis des Versprechensempfängers, in eigenem Namen vom Versprechenden die Erfüllung des Vertrages zugunsten des Dritten zu verlangen, erlischt nicht, wenngleich der Dritte das Recht unmittelbar erwirbt.

Vorbehaltlich anderer Vereinbarungen kann im Falle des unmittelbaren Erwerbes das Recht des Dritten, Erfüllung zu zu fordern, ohne dessen Zustimmung nicht mehr aufgehoben oder geändert werden, sobald er vom Versprechenden oder vom Versprechensempfänger vom Vertrage benachrichtigt worden ist.

Das Recht auf die bei einer Gutsabtretung vom Übernehmer zugunsten eines Dritten versprochenen Leistungen gilt mangels anderer Vereinbarung dem Dritten als mit der Übergabe des Gutes erworben.

§ 140.

An die Stelle des aufgehobenen § 882 a. b. G. B. tritt folgende Bestimmung:

§ 882.

Weist der Dritte das aus dem Vertrage erworbene Recht zurück, so gilt das Recht als nicht erworben.

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden wird mangels anderer Vereinbarung hierdurch nicht berührt.

Einreden aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegen den Dritten zu. Eine Forderung gegen den Versprechensempfänger, die mit dem Anspruche aus dem Vertrage nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, kann gegen die Forderung des Dritten nicht aufgerechnet werden.

§ 141.

§ 1019 a. b. G. B. wird aufgehoben.

§ 142.

Die vorstehenden Bestimmungen finden Anwendung, so weit nicht für einzelne Arten von Verträgen zugunsten Dritter oder für Verabredungen gewisser Art in Verträgen zugunsten Dritter besondere Vorschriften gelten.

8. Titel.

Nichterfüllung entgeltlicher Verträge.

§ 143.

Wenn bei einem entgeltlichen Vertrage der eine Teil in Verzug gerät, kann der andere Teil entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung des Versäumten den Rücktritt vom Vertrage ankündigen. Mit fruchtlosem Ablauf der Frist wird der Rücktritt wirksam.

Ist bedungen, daß die Erfüllung bei sonstigem Rücktritte vom Vertrage genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist zu erfolgen hat oder läßt der dem Leistungspflichtigen bekannte Zweck der Leistung entnehmen, daß sie im Falle des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse hat, so muß letzterer, wenn er auf der Erfüllung bestehen will, dies innerhalb dreier Tage nach Eintritt des Verzuges dem Leistungspflichtigen anzeigen, widrigenfalls er als von dem Vertrage zurückgetreten anzusehen ist.

§ 144.

Wenn ein entgeltlicher Vertrag in Teilleistungen zu erfüllen ist, findet Rücktritt wegen Verzuges nur hinsichtlich der noch nicht bewirkten Teilleistungen statt, vorausgesetzt, daß auch das Entgelt teilbar ist.

Der Rücktritt gilt nur betreffs der einzelnen Teilleistung, mit welcher der Leistungspflichtige im Verzuge ist. Er erstreckt sich aber auf den ganzen Vertrag, soweit er jeweils noch nicht erfüllt ist, wenn dies bei Ankündigung des Rücktrittes erklärt wird.

Läßt die Natur des Geschäftes oder der auch dem Leistungspflichtigen bekannte Zweck der Leistung entnehmen, daß bei Verzug mit einer einzelnen Teilleistung die übrigen Leistungen für den Empfänger kein Interesse haben, so muß letzterer, wenn er auf der Erfüllung bestehen will, dies innerhalb dreier Tage nach Eintritt des Verzuges dem Leistungspflichtigen anzeigen, widrigenfalls er als vom Vertrage zurückgetreten anzusehen ist.

§ 145.

Wenn die Erfüllung eines entgeltlichen Vertrages durch Verschulden eines Teiles oder durch einen von ihm zu vertretenden Zufall unmöglich wird, kann der andere Teil entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Bei teilweiser Unmöglichkeit steht ihm das Recht des Rücktrittes zu, falls die Natur des Geschäftes oder der auch dem Leistungspflichtigen bekannte Zweck der

Leistung entnehmen läßt, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat.

§ 146.

Wenn aus einem entgeltlichen Vertrage ein Teil zu einer Unterlassung verpflichtet ist und dieser Verpflichtung zuwiderhandelt, kann der andere Teil für den Fall erneuter Zuwiderhandlung den Rücktritt von dem Vertrage ankündigen.

Der Rücktritt wird wirksam, sowie die Zuwiderhandlung erfolgt.

§ 147.

Das bereits empfangene Entgelt hat der zur Leistung Verpflichtete im Falle des Rücktrittes des anderen Teiles nach Vorschrift des § 1447, letzter Satz, a. b. G. B. zurückzustellen oder zu vergüten.

Der Rücktritt läßt den Anspruch auf Ersatz des durch verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens unberührt.

§ 148.

Wer aus einem entgeltlichen Vertrage zu einer Leistung verpflichtet ist, kann sie bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn der Anspruch auf letztere durch die schlechten Vermögensverhältnisse des anderen Teiles gefährdet ist und dem zur Leistung Verpflichteten diese Gefährdung im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses weder bekannt war, noch bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte bekannt sein müssen.

§ 149.

§ 919 a. b. G. B. ist aufgehoben.

Die Folgen der Nichterfüllung entgeltlicher Verträge, die vor dem Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes abgeschlossen wurden, bestimmen sich nach dem bisher geltenden Rechte.

9. Titel.

Gewährleistung wegen Viehmängel.

§ 150.

Die Bestimmung des § 924 a. b. G. B. tritt außer Kraft und gelangt nach Beginn der Wirksamkeit des gegen-

wärtigen Gesetzes nur mehr zur Anwendung, wenn das Tier schon vor diesem Tage übernommen worden war.

§ 151.

Im Verordnungswege kann, abweichend von den Vorschriften des § 925 a. b. G. B. bestimmt werden, hinsichtlich welcher Tierkrankheiten und Mängel die Vermutung eintritt, daß sie schon vor der Übergabe des Tieres an den Erwerber vorhanden waren und innerhalb welcher Fristen nach der Übernahme diese Krankheiten und Mängel sich gezeigt haben müssen, damit diese Vermutung eintritt.

Mit Beginn der Wirksamkeit einer solchen Verordnung treten die davon abweichenden Vorschriften des § 925 a. b. G. B. außer Kraft und finden nur mehr insofern Anwendung, als die Übernahme des Tieres vor Beginn der Wirksamkeit der Verordnung stattgefunden hat.

6. Abschnitt.

Unerlaubte Handlungen.

§ 152.

Dem § 1295 a. b. G. B. ist als zweiter Absatz beizufügen:

Wer in einer gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßenden Weise einem anderen absichtlich Schaden zufügt, ist diesem zum Schadenersatze verpflichtet. Ist der Schaden in Ausübung eines Rechtes zugefügt, so gilt dies nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes nur den Zweck haben konnte, einem anderen Schaden zuzufügen.

§ 153.

In § 1305 a. b. G. B. ist nach den Worten „innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht“ einzuschalten: (§ 1295, Absatz 2).

§ 154.

Die Bestimmungen der §§ 152 und 153 finden auf Handlungen oder Unterlassungen, die dem Beginne der Wirksamkeit dieses Gesetzes vorausgegangen sind, keine Anwendung.

7. Abschnitt.

Dienstvertrag.

§ 155.

Die Bestimmungen der §§ 1151 bis 1163 a. b. G. B. werden durch die nachfolgenden Bestimmungen über den Dienstvertrag ergänzt; diese letzteren Bestimmungen finden jedoch auf die Werkverdingung keine Anwendung.

§ 156.

Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich der Dienstnehmer zur Leistung der versprochenen Dienste und der Dienstgeber zur Gewährung des Entgelts (§ 1152 a. b. G. B.), sofern nicht Unentgeltlichkeit vereinbart ist.

§ 157.

Wenn über Art und Umfang der Dienstleistung nichts ausdrücklich vereinbart ist, sind die den Umständen nach angemessenen Dienste zu leisten.

§ 158.

Insoweit nichts anderes vereinbart oder bei Diensten der betreffenden Art üblich ist, ist das Entgelt nach Leistung der Dienste zu entrichten.

Ist das Entgelt für den Zeitraum eines Monates oder nach Zeitabschnitten bemessen, die kürzer als ein Monat sind, so ist es nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.

Ist der Bemessung des Entgelts ein Zeitabschnitt von mehr als einem Monat zugrunde gelegt, so ist das Entgelt spätestens am Schlusse eines jeden Kalendermonates zu entrichten.

Ein nach Stunden (Lehrstunden, Vortragsstunden usw.) bemessenes Entgelt ist spätestens am Schlusse eines jeden Kalendermonates zu entrichten. Dasselbe gilt für ein nach Stück oder nach Einzelleistungen bemessenes Entgelt, sofern die Leistung nicht erst nach diesem Zeitpunkte vollendet wird.

Vereinbarungen, nach denen das Entgelt später als am Schlusse eines jeden Kalendermonates entrichtet werden soll,

sind nichtig, wenn das Entgelt 3000 K jährlich nicht übersteigt.

§ 159.

Der Dienstnehmer behält seinen Anspruch auf das Entgelt, wenn er nach einer mindestens vierzehntägigen Dauer der Dienstleistung durch Krankheit, durch einen Unglücksfall oder durch einen anderen in seiner Person gelegenen Grund ohne sein Verschulden für eine verhältnismäßig kurze, jedoch eine Woche nicht übersteigende Zeit an der Leistung seiner Dienste verhindert wird.

Der Dienstgeber kann die Beträge, die der Dienstnehmer für die Zeit der Verhinderung von einer Krankenkasse bezieht, mit jenem Teilbetrage in Abzug bringen, der dem Verhältnisse der Beitragsleistung des Dienstgebers zu dem Gesamtversicherungsbeitrag entspricht.

§ 160.

Ist der Dienstnehmer bei einem Dienstverhältnisse, das seine Erwerbstätigkeit vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, in die Hausgemeinschaft des Dienstgebers aufgenommen, so hat dieser im Falle einer Erkrankung, die vom Dienstnehmer weder vorsätzlich noch durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist, dem Dienstnehmer nebst den Geldbezügen die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung und die notwendigen Heilmittel bis zur Dauer von 14 Tagen zu gewähren, wenn das Dienstverhältnis schon 14 Tage, jedoch noch nicht ein halbes Jahr gedauert hat, und bis zur Dauer von vier Wochen, wenn das Dienstverhältnis schon ein halbes Jahr gedauert hat.

Der Dienstnehmer hat Anspruch auf Spitalspflege, sofern die Art der Krankheit diese notwendig macht; in anderen Fällen kann die Verpflegung und ärztliche Behandlung auch durch Aufnahme des Dienstnehmers in eine Krankenanstalt oder mit Zustimmung des Dienstnehmers durch Verpflegung und ärztliche Behandlung bei seinen Angehörigen gewährt werden.

Die durch die ärztliche Behandlung und die Beschaffung der notwendigen Heilmittel entstehenden Barauslagen, sowie die Kosten der Verpflegung und ärztlichen Behandlung in einer Krankenanstalt oder bei den Angehörigen des Dienstnehmers können auf die für die Zeit der Erkrankung entfallenden Geldbezüge des Dienstnehmers angerechnet werden.

Auf die Geldbezüge des Dienstnehmers dürfen die Beträge, die der Dienstnehmer für die Zeit der Verhinderung von einer Krankenkasse bezieht, nur mit jenem Teilbetrage angerechnet werden, der dem Verhältnisse der Beitragsleistung des Dienstgebers zu dem Gesamtversicherungsbeitrag entspricht. Die übrigen in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Verpflichtungen des Dienstgebers entfallen in dem Maße, als dem Dienstnehmer von einer Krankenkasse die gleichen Leistungen gewährt werden.

Die dem Dienstgeber nach den vorstehenden Bestimmungen obliegenden Verpflichtungen treten nicht ein, wenn das Dienstverhältnis nur für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfes eingegangen wurde und noch nicht einen Monat gedauert hat.

§ 161.

Die dem Dienstgeber nach den §§ 159 und 160 obliegenden Verpflichtungen erlöschen mit der Beendigung des Dienstverhältnisses, wenn dieses infolge Ablaufes der Zeit, für die es eingegangen wurde, oder wenn es infolge einer früheren Kündigung oder eines Entlassungsgrundes endet, der nicht in der durch die Erkrankung oder den Unglücksfall verursachten Verhinderung besteht.

Solange nach den §§ 159 und 160 der Dienstnehmer den Anspruch auf das Entgelt oder auf Verpflegung behält, kann er wegen der durch die Erkrankung oder den Unglücksfall verursachten Verhinderung an der Dienstleistung nicht entlassen werden. Findet die Kündigung erst nach Eintritt der Verhinderung statt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses in Ansehung der in den §§ 159 und 160 bezeichneten Ansprüche des Dienstnehmers außer Betracht.

§ 162.

Der Dienstgeber ist verpflichtet, auf seine Kosten alle jene Einrichtungen bezüglich der Arbeitsräume und Gerätschaften herzustellen und zu erhalten, die mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Dienstleistung zum Schutze des Lebens und der Gesundheit der Dienstnehmer erforderlich sind.

Wenn dem Dienstnehmer vom Dienstgeber Wohnräume überlassen werden, dürfen zu diesem Zwecke keine gesundheitsschädlichen Räumlichkeiten gewidmet werden.

Ist der Dienstnehmer in die Hausgemeinschaft des Dienstgebers aufgenommen, so hat dieser in Ansehung des Wohn- und Schlafraumes, der Verpflegung, sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Anordnungen zu treffen, die mit Rücksicht auf Gesundheit, Sittlichkeit und Religion des Dienstnehmers erforderlich sind.

§ 163.

Das Dienstverhältnis endet mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen wurde.

Ist das Dienstverhältnis nicht für eine bestimmte Zeit vereinbart worden, oder wird ein für bestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis ohne Vereinbarung eines bestimmten Zeitraumes fortgesetzt, so kann es, falls nicht einem Teile ein gesetzlicher Anspruch auf sofortige Lösung zusteht, durch Kündigung nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen gelöst werden.

Ist eine bestimmte Probezeit vereinbart worden, so kann während des ersten Monates der Probezeit das Dienstverhältnis von beiden Teilen jederzeit ohne Kündigung gelöst werden. Das gleiche gilt, wenn das Dienstverhältnis nur für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfes eingegangen wurde und noch nicht einen Monat gedauert hat.

§ 164.

Ist das Entgelt nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig.

Ist das Entgelt nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig; die Kündigung muß spätestens am ersten Werktage der Woche erfolgen.

Ist das Entgelt nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den fünfzehnten oder den letzten Tag eines Kalendermonates zulässig; die Kündigung muß spätestens am vorausgehenden ersten oder fünfzehnten Tage des Kalendermonates erfolgen.

Ist das Entgelt nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen, so beträgt die Kündigungsfrist sechs Wochen. Die Kündigungsfrist kann durch Vereinbarung nicht unter vier Wochen herabgesetzt werden und muß stets am fünfzehnten oder letzten Tage des Kalendermonates enden.

§ 165.

Wenn das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Dienstnehmers vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt und schon ein halbes Jahr gedauert hat, so ist, wenngleich das Entgelt nach Tagen bemessen wird, die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig; die Kündigung muß spätestens am ersten Werktage der Woche erfolgen. Handelt es sich bei einem solchen Dienstverhältnisse um Dienstleistungen höherer Art (Lehrer, Erzieher, Gesellschafterinnen, Korrespondenten, Privatbeamte u. dgl.) und hat das Dienstverhältnis schon einen Monat gedauert, so muß die Kündigungsfrist, wenngleich das Entgelt nach Tagen oder Wochen bemessen wird, wenigstens vierzehn Tage, nach vollstreckter halbjähriger Dienstleistung aber wenigstens vier Wochen betragen und stets am fünfzehnten oder letzten Tage des Kalendermonates enden.

§ 166.

Ist bei einem Dienstverhältnisse, das Dienstleistungen höherer Art zum Gegenstande hat, das Entgelt nach Stunden (Lehrstunden, Vortragsstunden usw.) bemessen, so ist die Kündigung für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig; die Kün-

digung muß spätestens am ersten Werktage der Woche erfolgen.

§ 167.

Ist das Entgelt weder nach Zeitabschnitten noch nach Stunden (Lehrstunden, Vortragsstunden usw.), sondern nach Stück oder Einzelleistungen bemessen, so kann das Dienstverhältnis jederzeit mit der Wirkung gekündigt werden, daß es mit Vollendung der zur Zeit der Kündigung in Ausführung begriffenen Leistungen gelöst wird.

Wenn zufolge der getroffenen Vereinbarung kein Entgelt zu entrichten ist, kann das Dienstverhältnis, solange es noch nicht einen Monat gedauert hat, von beiden Teilen jederzeit ohne Kündigung gelöst werden. Nach Ablauf eines Monates gilt für die Kündigung solcher Dienstverhältnisse die Vorschrift des § 164, Absatz 3.

§ 168.

Ist das Dienstverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre unlöslich eingegangen, so kann es von dem Dienstnehmer nach Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

§ 169.

Die Kündigungsfrist muß in allen Fällen für beide Teile gleich sein. Wurden nach Maßgabe der vorstehenden Bestimmungen zuläßige, aber ungleiche Fristen vereinbart, so gilt für beide Teile die längere Frist.

§ 170.

Wird nach Antritt des Dienstverhältnisses über das Vermögen des Dienstgebers der Konkurs eröffnet, so tritt die Masse von dem Zeitpunkte der Eröffnung des Konkurses in den Vertrag ein. Das Dienstverhältnis kann jedoch ungeachtet entgegenstehender Vereinbarungen von beiden Teilen gelöst werden, und zwar vom Dienstnehmer ohne Kündignng innerhalb einer Woche vom Tage der Konkurseröffnung, vom Masseverwalter dagegen unter Einhaltung der in den §§ 164 bis

167 bezeichneten oder der nach Maßgabe des Gesetzes etwa vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist.

Im Falle der Kündigung durch den Masseverwalter steht dem Dienstnehmer ein Anspruch auf Ersatz des ihm durch vertragswidrige Auflösung des Dienstverhältnisses verursachten Schadens zu.

§ 171.

Ist der Dienstnehmer in die Hausgemeinschaft des Dienstgebers aufgenommen oder durch sein Dienstverhältnis gehindert, eine andere Stellung aufzusuchen, so hat der Dienstgeber nach nach der Kündigung des Dienstverhältnisses dem Dienstnehmer auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren.

Im Verordnungswege kann für einzelne Orte oder Gebiete und für einzelne Gruppen von Dienstverhältnissen die Zeit näher bestimmt werden, die zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses einzuräumen ist.

§ 172.

Das Dienstverhältnis kann, wenn es für bestimmte Zeit eingegangen wurde, vor Ablauf dieses Zeitraumes, sonst aber ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von jedem Teile aus wichtigen Gründen gelöst werden (vorzeitiger Austritt, Entlassung).

§ 173.

Wenn der Dienstnehmer ohne rechtmäßigen Grund vorzeitig austritt oder wenn ihn ein Verschulden an der vorzeitigen Entlassnng trifft, steht dem Dienstgeber der Anspruch auf Ersatz des ihm hiedurch verursachten Schadens zu. Der Dienstgeber kann jedoch bei einem entgeltlichen Dienstverhältnis nie mehr begehren als den Betrag des Entgeltes, das dem Dienstnehmer für den Zeitraum gebühren würde, der bis zum Ablaufe des auf bestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnisses noch fehlt oder der im Falle ordnungsmäßiger Kündigung bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses hätte verstreichen müssen. Außerdem hat der Dienstnehmer das für diese Zeit im voraus bezogene Entgelt zurückzustellen.

Für die bis zur Auflösung des Dienstverhältnisses von dem Dienstnehmer bewirkten Leistungen, für die das Entgelt noch nicht fällig ist, steht dem Dienstnehmer ein Anspruch auf einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil des Entgeltes nur insoweit zu, als nicht durch die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses diese Leistungen für den Dienstgeber ihren Wert verloren oder zum größten Teil eingebüßt haben.

§ 174.

Wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer ohne rechtmäßigen Grund vorzeitig entläßt oder wenn ihn ein Verschulden an dem vorzeitigen Austritte des Dienstnehmers trifft, steht diesem außer dem Anspruch auf einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil des Entgeltes der Anspruch auf das ihm gebührende Entgelt für den Zeitraum zu, der bis zum Ablaufe des auf bestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnisses noch fehlt oder der im Falle ordnungsmäßiger Kündigung bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses hätte verstreichen müssen.

Bei einem unentgeltlichen Dienstverhältnis steht dem Dienstnehmer der Anspruch auf Ersatz des Schadens zu, der ihm durch die vorzeitige Lösung des Dienstverhältnisses verursacht wurde.

§ 175.

Trifft beide Teile ein Verschulden an der vorzeitigen Lösung des Dienstverhältnisses, so hat das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob dem einen oder anderen Teile ein Ersatz gebührt und in welcher Höhe der Ersatz innerhalb der in den §§ 173 und 174 bestimmten Grenzen zu leisten ist.

§ 176.

Ersatzansprüche wegen vorzeitigen Austrittes oder vorzeitiger Entlassung im Sinne der §§ 173 und 174 müssen bei sonstigem Ausschlusse binnen 6 Monaten nach Ablauf des Tages, an dem der Austritt oder die Entlassung stattfand, gerichtlich geltend gemacht werden.

§ 177.

Wenn das Dienstverhältnis nicht bloß zur Verrichtung einzelner Dienste oder für die Zeit eines vorübergehenden Be-

darfes eingegangen wurde, ist der Dienstgeber verpflichtet, bei Beendigung des Dienstverhältnisses auf Verlangen des Dienstnehmers ein schriftliches Zeugnis über die Dauer und Art der Dienstleistung (Dienstzeugnis) auszustellen.

Auf Verlangen und Kosten des Dienstnehmers ist ihm außerdem ein besonderes Zeugnis über seine Leistungen und sein Verhalten im Dienste (Verwendungszeugnis) auszustellen. Benötigt der Dienstnehmer während der Dauer des Dienstverhältnisses ein Dienstzeugnis, so ist ihm ein solches vom Dienstgeber auf Verlangen und Kosten des Dienstnehmers sogleich auszustellen.

Originalzeugnisse des Dienstnehmers, die sich in Verwahrung des Dienstgebers befinden, sind dem Dienstnehmer auf Verlangen jederzeit auszufolgen.

§ 178.

Die Bestimmungen der §§ 160 bis 162, 163, Absatz 3, 164 bis 171, 173, 174, 176 und 177 können nicht durch Vereinbarung zum Nachteile des Dienstnehmers geändert werden.

§ 179.

Die Bestimmungen der §§ 155 bis 178 finden auf die zur Zeit des Eintrittes ihrer Wirksamkeit bestehenden Dienstverhältnisse Anwendung.

Die §§ 173 bis 176 finden nicht Anwendung, wenn die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes erfolgt ist.

§ 180.

Wo in Gesetzen und Verordnungen auf die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über den Lohnvertrag verwiesen wird, gelten neben diesen auch die vorstehenden Bestimmungen.

Diese letzteren finden jedoch keine Anwendung auf das Dienstverhältnis der als Beamte oder Bedienstete des Hofes, des Staates, einer staatlichen Anstalt, eines Landes, Bezirkes, einer Gemeinde oder eines öffentlichen Fonds angestellten Personen, sofern das Dienstverhältnis nicht auf einem privatrechtlichen Vertrage beruht, sowie auf Dienstverhältnisse, die nach den in den Dienstboten- und Gesindeordnungen enthaltenen

Vorschriften zu beurteilen sind. Unberührt bleiben die Dienstverträge betreffenden Vorschriften des allgemeinen Berggesetzes, der Gewerbeordnung und des Gesetzes vom 28. Juli 1902, R. G. Bl. Nr. 156, sowie die Bestimmungen der Advokaten- und Notariatsordnung über Dienstverträge, ferner die Vorschriften der Gesetze über den Dienstvertrag der Handlungsgehilfen und anderer Dienstnehmer in ähnlicher Stellung sowie über das Dienstverhältnis der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben Bediensteten, ferner die in bezug auf das Überwachungs- und Disziplinarrecht der Eisenbahnaufsichtsbehörden gegenüber den Bediensteten der Staats- und Privateisenbahnen bestehenden Vorschriften der Eisenbahnbetriebsordnung und des Organisationsstatutes für die staatliche Eisenbahnverwaltung.

8. Abschnitt.

Anweisung und Schuldübernahme.

1. Titel.

Anweisung.

§ 181.

§ 1400 a. b. G. B. hat zu lauten:

Durch die Anweisung auf eine Leistung eines Dritten wird der Empfänger der Anweisung (Assignatar) zur Einhebung der Leistung bei dem Angewiesenen (Assignat) und der letztere zu Leistung an ersteren für Rechnung des Anweisenden (Assignant) ermächtigt. Einen unmittelbaren Anspruch erlangt der Anweisungsempfänger gegen den Angewiesenen erst, wenn die Erklärung des Angewiesenen über die Annahme der Anweisung bei ihm eingegangen ist.

§ 182.

§ 1401 a. b. G. B. hat zu lauten:

Insoweit der Angewiesene das zu Leistende dem Anweisenden bereits schuldet, ist er diesem gegenüber verpflichtet, der Anweisung Folge zu leisten. Wenn durch die Anweisung eine Schuld des Anweisenden bei dem Empfänger getilgt werden soll, ist dieser verpflichtet, den Angewiesenen zur Leistung

aufzufordern. Die Tilgung der Schuld erfolgt erst durch die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger.

Wenn der Empfänger von der Anweisung keinen Gebrauch machen will oder wenn der Angewiesene deren Annahme oder die Leistung verweigert, hat der Empfänger dies dem Anweisenden unverzüglich anzuzeigen.

§ 183.

§ 1402 a. b. G. B. hat zu lauten:

Hat der Angewiesene die Anweisung dem Empfänger gegenüber angenommen, so kann er diesem nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Giltigkeit der Annahme betreffen oder sich aus dem Inhalte der Anweisung oder aus seinen persönlichen Beziehungen zum Empfänger ergeben.

§ 184.

§ 1403 a. b. G. B. hat zu lauten:

Solange der Angewiesene die Anweisung noch nicht dem Empfänger gegenüber angenommen hat, kann sie der Anweisende widerrufen. Besteht zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen kein anderer Rechtsgrund, so gelten für das Rechtsverhältnis zwischen beiden die Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag. Inwiefern die Aufhebung der Anweisung auch gegenüber dem Empfänger rechtswirksam ist, bestimmt sich nach dem zwischen diesem und dem Anweisenden obwaltenden Rechtsverhältnisse.

Die Ansprüche aus einer Anweisung verjähren in drei Jahren.

§ 185.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Anweisungen keine Anwendung, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes erteilt wurden.

2. Titel.

Schuldübernahme.

§ 186.

§ 1404 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wer einem Schuldner verspricht, die Leistung an dessen Gläubiger zu bewirken (Erfüllungsübernahme), haftet dem

Schuldner dafür, daß der Gläubiger ihn nicht in Anspruch nehme. Dem Gläubiger erwächst daraus unmittelbar kein Recht.

§ 187.

§ 1405 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wer einem Schuldner erklärt, seine Schuld zu übernehmen (Schuldübernahme), ist verpflichtet, an dessen Stelle, wenn der Gläubiger einwilligt, als Schuldner einzutreten. Bis diese Einwilligung erfolgt oder falls sie verweigert wird, haftet er wie bei Erfüllungsübernahme (§ 1404).

Im Zweifel gilt der Schuldner als ermächtigt, die Einwilligung des Gläubigers im Namen des Übernehmers einzuholen.

§ 188.

§ 1406 a. b. G. B. hat zu lauten:

Auch ohne Vereinbarung mit dem Schuldner kann ein Dritter durch Vertrag mit dem Gläubiger an die Stelle des ersteren treten.

Im Zweifel ist aber die dem Gläubiger erklärte Übernahme der Haftung als Haftung neben dem bisherigen Schuldner, nicht an Stelle des bisherigen Schuldners zu verstehen.

§ 189.

§ 1407 a. b. G. B. hat zu lauten:

Die Pflichten des Übernehmers sind mit den Pflichten des bisherigen Schuldners in Rücksicht auf die übernommene Schuld ebendieselben. Der Übernehmer kann dem Gläubiger die aus dem Rechtsverhältnisse zwischen diesem und dem bisherigen Schuldner entspringenden Einwendungen entgegensetzen.

Die Nebenrechte der Forderung werden durch den Schuldnerwechsel nicht berührt. Bürgen und von dritten Personen bestellte Pfänder haften jedoch nur dann fort, wenn der Bürge oder Pfandbesteller dem Schuldnerwechsel zugestimmt hat.

§ 190.

§ 1408 a. b. G. B. hat zu lauten:

Übernimmt bei der Veräußerung einer Liegenschaft der Erwerber eine auf ihr haftende Hypothek auf den Kaufpreis,

so ist dies im Zweifel als Schuldübernahme zu verstehen. Der Erwerber oder Veräußerer kann den Gläubiger zur Annahme des neuen an Stelle des bisherigen Schuldners schriftlich mit der Wirkung auffordern, daß die Zustimmung als erteilt gilt, wenn sie nicht binnen sechs Monaten nach Empfang der Aufforderung versagt wird.

Diese Annahme des neuen Schuldners tritt jedoch nur in Wirksamkeit, wenn der Erwerber als Eigentümer bücherlich einverleibt oder die Liegenschaft, falls sie nicht Gegenstand eines öffentlichen Buches ist, ihm übergeben wird. Dieser Vorbehalt muß bei sonstiger Unwirksamkeit der Aufforderung in ihr enthalten sein.

Sobald die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung feststeht, hat der Auffordernde den anderen Teil hievon zu benachrichtigen.

§ 191.

§ 1409 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wer ein Vermögen oder ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, haftet den Gläubigern unmittelbar, sobald die Übernahme ihnen mitgeteilt oder öffentlich bekannt gemacht ist, unbeschadet ihrer Ansprüche gegen den ursprünglichen Schuldner.

§ 192.

§ 1410 a. b. G. B. hat zu lauten:

Wird der Eintritt des neuen Schuldners an Stelle des bisherigen Schuldners in der Weise verabredet, daß an die Stelle des aufgehobenen Schuldverhältnisses eine Verpflichtung des neuen Schuldners aus selbständigem Rechtsgrunde oder unter Änderung des Hauptgegenstandes der Forderung gesetzt wird, so treten nicht die Wirkungen der Schuldübernahme, sondern eines Neuerungsvertrages (§§ 1377, 1378) ein.

§ 193.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Übernahmserklärungen, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes abgegeben wurden, keine Anwendung.

9. Abschnitt.

Verjährung und Ersitzung.

§ 194.

In drei Jahren verjähren:

1. die Ansprüche aus der im Betriebe eines gewerblichen, kaufmännischen oder sonstigen geschäftlichen Unternehmens erfolgten Lieferung von Waren und Ausführung von Arbeiten oder sonstigen Leistungen;

2. die Ansprüche aus der im Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft erfolgten Lieferung land- oder forstwirtschaftlicher Erzeugnisse;

3. die Ansprüche auf Fahrgeld, Fracht, Fuhr- und Botenlohn und Auslagenersatz aus den Geschäften der Personen- und Sachenbeförderung;

4. die Ansprüche aus der im Betriebe von Gast- und Schankgewerben erfolgten Gewährung von Speisen und Getränken, Wohnung und Beköstigung, sowie anderer Leistungen an die Gäste;

5. die aus der Übernahme einer Person zur Pflege, Beköstigung, Unterricht oder Erziehung sich ergebenden Ansprüche für die Gewährung von Wohnung, Pflege, Verpflegung, Unterricht und die damit im Zusammenhang stehenden Leistungen und Aufwendungen;

6. die Ansprüche auf den Mietzins;

7. die Ansprüche der Handlungsgehilfen, gewerblichen Hilfsarbeiter, Taglöhner, Dienstboten und aller anderen im Privatdienste stehenden Personen auf Honorar, Gehalt, Lohn und sonstige Dienstesbezüge, Auslagenersätze und Vergütungen, sowie die Ansprüche der Dienst- und Arbeitgeber und Lehrherren wegen der auf solche Ansprüche gewährten Vorschüsse und wegen des Lehrgeldes;

8. die Ansprüche der Ärzte (Zahnärzte u. a.), Tierärzte, Apotheker und Hebammen, ferner derjenigen Unternehmungen und Personen, die eine Heil-, Pflege-, Bade-, Kur-, Unter-

richts- oder Erziehungsanstalt betreiben, sowie der Privatlehrer auf Vergütung oder Entlohnung ihrer Leistungen und Ersatz ihrer Auslagen;

9. Die Ansprüche der Advokaten, Notare, Patentanwälte, öffentlichen Agenten, Ingenieure, Architekten, Geometer und aller anderen zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellten oder zugelassenen Personen wegen ihrer Gebühren und sonstigen Forderungen aus ihrer Berufstätigkeit einschließlich der Auslagen, ferner die Ansprüche der Parteien aus Vorschüssen an die im vorstehenden bezeichneten Personen;

10. Forderungen von rückständigen Unterhaltsbeiträgen und Ausgedingleistungen, sowie Ansprüche auf Leistung der bei Vereinbarung von Annuitäten auf eine Kapitalstilgung berechneten Abschlagszahlungen;

11. die Ansprüche der Versicherer auf Versicherungsprämien und die mit diesen einzuhebenden Gebühren.

§ 195.

§ 1489 a. b. G. B. hat zu lauten:

Jede Entschädigungsklage verjährt in drei Jahren von der Zeit an, zu welcher der Schaden dem Beschädigten bekannt wurde, der Schaden mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. Ist dem Beschädigten der Schaden nicht bekannt worden oder ist er aus einem Verbrechen entstanden, so verjährt das Klagerecht nur nach dreißig Jahren.

§ 196.

Die Vorschrift des § 1485 a. b. G. B. findet auf die Verjährung der in §§ 194 und 195 angeführten Ansprüche keine Anwendung.

§ 197.

Für Ansprüche, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes fällig geworden sind, gelten die Bestimmungen der §§ 194 bis 196 mit der Maßgabe, daß die Verjährung vom Tage nach Beginn der Wirksamkeit des Gesetzes zu rechnen ist. Läuft jedoch die in den bisherigen Gesetzen bestimmte Frist

früher ab als die hienach zu berechnende dreijährige Frist, so ist die Verjährung mit dem Ablauf der ersteren Frist vollendet.

§ 198.

Durch die Vorschriften über die Abkürzung der Verjährungsfristen werden, soweit sie von diesen Vorschriften abweichende Bestimmungen über die Verjährung enthalten, nicht berührt:

1. die Bestimmungen der internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr;
2. das Eisenbahnbetriebsreglement samt Nachträgen;
3. die Bestimmungen des Gesetzes vom 1. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 58, wodurch die Frist festgesetzt wird, nach Ablauf welcher die Verpflegskosten-Ersatzansprüche der allgemeinen Krankenanstalten an die Landesfonds erlöschen;
4. alle anderen Vorschriften, durch welche für die in §§ 194 und 195 bezeichneten Ansprüche eine kürzere Verjährungsfrist als drei Jahre bestimmt ist.

§ 199.

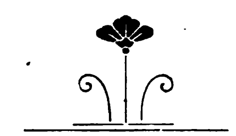
Die §§ 1467 und 1469 a. b. G. B. sind aufgehoben.

Artikel II.

Die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes treten mit dem ersten Tage des auf die Kundmachung folgenden sechsten Kalendermonates in Wirksamkeit.

Mit diesem Tage treten, insoweit in dem Gesetze nichts anderes angeordnet ist, alle mit den Vorschriften dieses Gesetzes im Widerspruch stehenden, bisher geltenden gesetzlichen Bestimmungen außer Kraft.

Mit dem Vollzuge dieses Gesetzes ist Mein Justizminister beauftragt. Er hat alle zur Einführung und Durchführung des gegenwärtigen Gesetzes erforderlichen Anordnungen, und zwar, insoweit sie den Wirkungskreis anderer Minister berühren, im Einvernehmen mit diesen zu erlassen.



K. u. k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme in Wien.

früher ab als die hienach zu berechnende dreijährige Frist, so ist die Verjährung mit dem Ablauf der ersteren Frist vollendet.

§ 198.

Durch die Vorschriften über die Abkürzung der Verjährungsfristen werden, soweit sie von diesen Vorschriften abweichende Bestimmungen über die Verjährung enthalten, nicht berührt:

1. die Bestimmungen der internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr;

2. das Eisenbahnbetriebsreglement samt Nachträgen;

3. die Bestimmungen des Gesetzes vom 1. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 58, wodurch die Frist festgesetzt wird, nach Ablauf welcher die Verpflegskosten-Ersatzansprüche der allgemeinen Krankenanstalten an die Landesfonds erlöschen;

4. alle anderen Vorschriften, durch welche für die in §§ 194 und 195 bezeichneten Ansprüche eine kürzere Verjährungsfrist als drei Jahre bestimmt ist.

§ 199.

Die §§ 1467 und 1469 a. b. G. B. sind aufgehoben.

Artikel II.

Die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes treten mit dem ersten Tage des auf die Kundmachung folgenden sechsten Kalendermonates in Wirksamkeit.

Mit diesem Tage treten, insoweit in dem Gesetze nichts anderes angeordnet ist, alle mit den Vorschriften dieses Gesetzes in Widerspruch stehenden, bisher geltenden gesetzlichen Bestimmungen außer Kraft.

Mit dem Vollzuge dieses Gesetzes ist Mein Justizminister beauftragt. Er hat alle zur Einführung und Durchführung des gegenwärtigen Gesetzes erforderlichen Anordnungen, und zwar, insoweit sie den Wirkungskreis anderer Minister berühren, im Einvernehmen mit diesen zu erlassen.

früher ab als die hienach zu berechnende dreijährige Frist, so ist die Verjährung mit dem Ablauf der ersteren Frist vollendet.

§ 198.

Durch die Vorschriften über die Abkürzung der Verjährungsfristen werden, soweit sie von diesen Vorschriften abweichende Bestimmungen über die Verjährung enthalten, nicht berührt:

1. die Bestimmungen der internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr;

2. das Eisenbahnbetriebsreglement samt Nachträgen;

3. die Bestimmungen des Gesetzes vom 1. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 58, wodurch die Frist festgesetzt wird, nach Ablauf welcher die Verpflegskosten-Ersatzansprüche der allgemeinen Krankenanstalten an die Landesfonds erlöschen;

4. alle anderen Vorschriften, durch welche für die in §§ 194 und 195 bezeichneten Ansprüche eine kürzere Verjährungsfrist als drei Jahre bestimmt ist.

§ 199.

Die §§ 1467 und 1469 a. b. G. B. sind aufgehoben.

Artikel II.

Die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes treten mit dem ersten Tage des auf die Kundmachung folgenden sechsten Kalendermonates in Wirksamkeit.

Mit diesem Tage treten, insoweit in dem Gesetze nichts anderes angeordnet ist, alle mit den Vorschriften dieses Gesetzes in Widerspruch stehenden, bisher geltenden gesetzlichen Bestimmungen außer Kraft.

Mit dem Vollzuge dieses Gesetzes ist Mein Justizminister beauftragt. Er hat alle zur Einführung und Durchführung des gegenwärtigen Gesetzes erforderlichen Anordnungen, und zwar, insoweit sie den Wirkungskreis anderer Minister berühren, im Einvernehmen mit diesen zu erlassen.



K. u. k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme in Wien.

